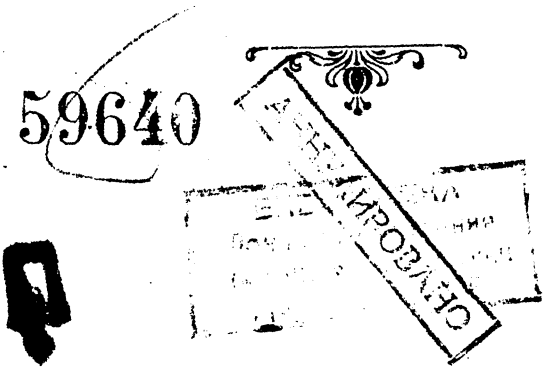
Проф. Э. Я. НЕМИРОВСКІЙ.

ОСНОВНЫЯ НАЧАЛА УГОЛОВНАГО ПРАВА.

I. Введеніе. II. Дѣйствіе уголовнаго закона. III. Сущность и цѣли наказанія. IV. Ученіе о преступленіи.



ОДЕССА
Типографія „Техникъ", Екатерининская, 58.
1917.

КС
1

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР
498
50

Отъ автора.

Начало двадцатаго вѣка представляетъ собою періодъ напряженной творческой работы въ области уголовнаго права. Не только наукой, но и проектами уголовныхъ кодексовъ на очередь ставится рядъ новыхъ задачъ, выдвигается рядъ новыхъ вопросовъ, а положенія, казалось, прочно утвердившіяся въ наукѣ и положительномъ правѣ, подвергаются пересмотру, и одни терпятъ измѣненія, другія остаются незыблемыми, но получаютъ нерѣдко болѣе глубокое обоснованіе и болѣе отчетливое выраженіе. Идеи классификаціи преступниковъ и индивидуализаціи наказанія, „опаснаго состоянія“ личности и мѣръ соціальной защиты, уменьшенной вмѣняемости и т. п. пролагаютъ себѣ путь въ кодексы ближайшаго будущаго; центръ тяжести въ опредѣленіи наказанія перемѣщается съ отдѣльнаго преступнаго акта на личность преступника; измѣняются взаимоотношеніе цѣлей общей и частной превенціи и масштабъ оцѣнки вины; подвергается сомнѣнію наказуемость несознаваемой неосторожности: вопросы объ ошибкѣ въ правѣ, о крайней необходимости, соучастіи и рядъ другихъ получаютъ иное освѣщеніе.

Дать въ сжатой формѣ возможно полную картину этихъ достиженій современной юридической мысли, поскольку они относятся къ основнымъ вопросамъ уголовнаго права, сопоставить точки зрѣнія нашего времени со взглядами, проводившимися въ прежней литературѣ и принятыми въ кодексахъ XIX вѣка, установить свое отношеніе къ выдвинутымъ проблемамъ и попытаться найти самостоятельное ихъ разрѣшеніе тамъ, гдѣ предлагаемыя рѣшенія или неудовлетворительны, или еще только намѣчаются, вотъ задачи, которыя ставилъ себѣ авторъ, выпуская въ свѣтъ настоящій трудъ.

Одесса.
Октябрь 1916 г.

Оглавленіе.

Стр.

ВВЕДЕНІЕ.

I. Задачи, содержаніе и методы науки уголовнаго права. Вспомогательныя дисциплины.

I Положительное уголовное право. II. Догматическая и историко сравнительная обработка его III. Уголовная политика. 1 задачи ея; 2. отношеніе ея къ соціальной политикѣ; превенція и репрессія. 3. пенологія и этіологія преступленія IV. Факторы преступности. V. Уголовная соціологія и уголовная антропологія. VI. Отношеніе ихъ къ уголовному праву. VII. Уголовная политика и уголовное право. VIII. Тюрьмовѣдѣнье и криминалистика. IX. Подраздѣленіе науки уголовнаго права; содержаніе настоящаго труда 1

II. Историческій очеркъ науки уголовнаго права.

I. Древній періодъ II Средніе вѣка и начало новаго времени. III. Уголовно-политическое движеніе XVIII вѣка. IV. Классическая школа уголовнаго права V. Факторы обновленія науки уголовнаго права: 1. пенитенціарное движеніе, 2. развитіе естествознанія и статистики. VI. Уголовно-антропологическая школа. VII. Соціологическое направленіе и Международный Союзъ уголовнаго права. VIII Неоклассики; „третья школа". IX Борьба неоклассическаго и соціологическаго направленій въ послѣднее время. X. Указатель литературы 17

Отдѣлъ первый. Уголовный законъ, его дѣйствіе и примѣненіе.

Глава I Законъ, какъ источникъ уголовнаго права.

I Принципъ «nullum crimen, nulla poena sine lege». II. Исключенія: 1. обычай въ уголовномъ правѣ, 2. опредѣленіе преступности административной властью. III. Элементы уголовнаго закона: 1 виды диспозиціи; 2. виды санкціи. IV. Источники русскаго уголовнаго права 1 общіе, 2. особенные. V. Источники иностраннаго уголовнаго права. VI. Примѣненіе уголовнаго закона, вопросъ объ аналогіи 38

Стр.

Глава II. Дѣйствіе уголовнаго закона во времени.

I Начальный и предѣльный моменты дѣйствія уголовнаго закона Desuetudo. Законы временные II Вліяніе измѣненій нормъ другихъ областей права III Вопросъ объ обратномъ дѣйствіи уголовнаго закона 1 значеніе ненаказуемости дѣянія во время его учиненія; 2. различіе наказуемости по законамъ времени учиненія и времени приговора, теоріи и дѣйствующее право; 3. вопросъ объ измѣненіи наказанія, опредѣленнаго окончательнымъ приговоромъ или уже отбываемаго, 4. сравненіе тяжести наказанія по двумъ или нѣсколькимъ законамъ; 5. измѣненіе законовъ о давности и о жалобѣ потерпѣвшаго 55

Глава III. Дѣйствіе уголовнаго закона въ пространствѣ и въ отношеніи лицъ. Выдача преступниковъ.

I. Территоріальный принципъ. II Изъятія. 1. по началамъ государственнаго права (иммунитетъ народныхъ представителей), 2. по началамъ международнаго права (экстерриторіальность) III. Недостаточность территоріальнаго принципа. IV. Принципы національный, или личный, и реальный, какъ дополнительные V Космополитическій (универсальный) принципъ VI. Постановленія русскаго законодательства. VII. Выдача преступниковъ 73

Отдѣлъ второй. Наказаніе и его цѣли.

Глава IV. Наказаніе, его сущность и отличіе отъ другихъ сходныхъ институтовъ.

I Очеркъ развитія института наказанія II Опредѣленіе наказанія, какъ сложившагося государственнаго института, и анализъ его элементовъ. 1. наказаніе, какъ лишеніе преступника какого-либо изъ принадлежащихъ ему благъ, 2. какъ послѣдствіе опредѣленнаго дѣянія; отличіе отъ мѣръ обезпеченія и превентивныхъ; вопросъ объ «опасномъ состояніи», какъ основаніи репрессіи, 3. элементъ правового осужденія въ наказаніи. а. значеніе этого элемента, b. осужденіе (порицаніе) и возмездіе; различное пониманіе послѣдняго; с. наказаніе и мѣры соціальной защиты; 4 наказаніе, какъ мѣра, назначаемая отъ имени государства, по общему правилу—судебными органами. III. Отличіе наказанія отъ взысканій 1. дисциплинарныхъ, 2. понудительныхъ и 3. фискальныхъ. IV. Наказаніе и возмѣщеніе вреда 98

Стр.

Глава V. Цѣли наказанія. Обоснованіе его.

I. Основная цѣль наказанія и промежуточныя, ближайшія цѣли его II Относительныя, смѣшанныя и абсолютныя теоріи. Важнѣйшія изъ относительныхъ теорій III. Масштабъ наказанія, съ точки зрѣнія различныхъ школъ IV. Классификація преступниковъ и индивидуализація наказанія. V. Вопросъ о совмѣстимости спеціальнаго предупрежденія съ общимъ и съ идеей возмездія. VI. Обоснованіе института наказанія и такъ назыв право наказанія 125

Отдѣлъ третій. Ученіе о преступленіи.

А. Понятіе преступленія.

Глава VI. Преступленіе, составъ его. Классификація преступленій.

I. Преступленіе, какъ одинъ изъ видовъ правонарушенія. II. Формальный признакъ отличія. III. Измѣняемость преступленія по содержанію во времени и пространствѣ и основанія криминализаціи IV. Попытки найти матеріальный признакъ преступнаго правонарушенія: 1. ученіе о естественномъ преступленіи, 2. субъективныя теоріи разграниченія преступленія и гражданской неправды: 3. объективныя теоріи. V. Соціологическое опредѣленіе преступленія. VI. Составъ преступленія. VII. Классификація преступленій. вопросъ о такъ назыв. полицейской неправдѣ. 153

В. Элементы преступленія. Субъективная сторона его.

Глава VII. Понятіе и значеніе вины въ уголовномъ правѣ.

I. Принципъ субъективной отвѣтственности. II. Общепринятое понятіе вины; его недостаточность. III. Вина, какъ преступное настроеніе: 1. отношеніе вины ко всей личности преступника; 2. существованіе этой точки зрѣнія отчасти въ дѣйствующемъ правѣ и на судѣ присяжныхъ; 3. преступное настроеніе и опасное состояніе; 4. значеніе объективной стороны преступнаго дѣянія при этомъ взглядѣ на вину. IV. Преступное настроеніе и индивидуализація наказанія. V. Обоснованіе идеи вины: 1. индетерминистическое обоснованіе, 2. отрицаніе идеи вины и принципъ соціальной отвѣтственности; непріемлемость этого взгляда, 3. совмѣстимость вины съ детерминизмомъ 17

Стр.

Глава VIII. Вмѣняемость и обстоятельства, ее исключающія. Уменьшенная вмѣняемость. Вопросъ объ уголовной отвѣтственности юридическихъ лицъ.

I. Различныя опредѣленія вмѣняемости въ наукѣ и законодательствахъ. II. Признаки вмѣняемости (психологическій критерій). III. Обстоятельства, исключающія вмѣняемость: 1. душевныя болѣзни: 2 тяжкое помраченіе сознанія, въ частности вліяніе на вмѣняемость опьяненія. 3. психическое недоразвитіе. IV. Мѣры противъ невмѣняемыхъ, совершившихъ преступное дѣяніе. V. Actio libera in causa. VI. Вліяніе на вмѣняемость возраста. VII. Понятіе уменьшенной вмѣняемости и ея значеніе для отвѣтственности. VIII. Вопросъ объ уголовной отвѣтственности юридическихъ лицъ 222

Глава IX. Формы проявленія вины. Умыселъ.

I. Условія вмѣненія дѣянія въ вину, невмѣненіе случайнаго результата. II. Умыселъ. 1. опредѣленіе и элементы умысла; 2 воля и представленіе, какъ элементы умысла: a) волевая теорія; b) теорія представленія, c) теорія мотивовъ. III Умыселъ прямой и умыселъ эвентуальный: 1. умыселъ прямой; 2. умыселъ эвентуальный: a) сущность понятія и отграниченіе отъ неосторожности—luxuria, b) возраженія противъ dolus eventualis, c) ученіе о трехъ формахъ вины; d) dolus eventualis и умыселъ поставленія въ опасность; e) эвентуальный умыселъ при формальныхъ деликтахъ, f) эвентуальный умыселъ въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ. IV. Другіе спорные элементы умысла V. Другіе виды умысла, въ частности dolus indirectus, а также dolus praemeditatus и dolus specialis 268

Глава X. Ошибка, какъ обстоятельство, исключающее умыселъ.

I. Ученіе объ ошибкѣ и его значеніе. II. Ошибка фактическая и ея значеніе. III. Особые виды этой ошибки 1. ошибка въ объектѣ; 2. отличіе послѣдней отъ aberratio ictus; 3. невѣрное представленіе о теченіи причинности; 4. такъ назыв dolus generalis. IV. Ошибка въ правѣ: 1. положеніе «error juris nocet» и основанія его; 2. различные пріемы смягченія его, значеніе процессуальнаго момента, 3. error juris non criminalis; 4. error juris въ положительномъ правѣ 304

Стр.

Глава XI Формы проявленія вины (продолженіе) Неосторожность.

I Историческія данныя II. Неосторожныя преступныя дѣянія въ современномъ положительномъ правѣ и въ господствующей теоріи: 1 объемъ наказуемой неосторожности; 2. luxuria и negligentia, отграниченіе ея отъ случая; 3. субъективный масштабъ и моментъ вины при неосторожности, 4. значеніе объективнаго масштаба. III Неудовлетворительность господствующей теоріи въ рѣшеніи вопроса о моментѣ вины при negligentia и рѣшенія, предлагаемыя другими теоріями: 1 теоріи, старающіяся установить связь результата неосторожнаго дѣянія съ сознаніемъ субъекта, и теоріи, ограничивающіяся нормативнымъ моментомъ; 2 теоріи, конструирующія неосторожность, какъ умыселъ поставленія въ опасность, 3 другія различныя попытки найти вину при negligentia; 4 неосторожность, какъ интеллектуальный дефектъ; связь этой теоріи съ примѣненіемъ объективнаго масштаба; 5. неосторожность, какъ вина характера и какъ опасное состояніе. IV Наказуемость неосторожности de lege ferenda 333

С. Элементы преступленія (продолженіе). Объективная сторона его.

Глава XII. Дѣяніе, упущеніе, причинная связь.

I. Причинная связь дѣянія съ результатомъ, теорія „conditio sine qua non". 1. причинность и виновность, 2. методъ опредѣленія причинной связи, возраженія противъ этой теоріи и ихъ несостоятельность; 3. причинная связь при нѣсколькихъ дѣяніяхъ; 4. причинная связь при деликтахъ, квалифицированныхъ результатомъ II Теоріи, различающія условіе (поводъ) и причину, и ихъ неудовлетворительность: 1. различіе условій по ихъ силѣ (теорія Биркмейера); 2. метафизическія теоріи (Колеръ), 3. теорія нарушеннаго равновѣсія положительныхъ и отрицательныхъ условій (Биндингъ); 4. теорія адекватной причинности a. общая характеристика и оцѣнка; b субъективный оттѣнокъ (Кризъ), c. объективный оттѣнокъ (Рюмелинъ), d. теорія Трегера; 5. ученіе о перерывѣ причинности (Н С. Таганцевъ); 6. теорія С. В. Познышева. III Вопросъ о причиненіи посредствомъ упущенія (delicta commissiva per omissionem) 1 сущность вопроса; 2. основанія отвѣтственности за результатъ при упущеніи; 3. теоріи, признающія причинность упущенія, 4. современная точка зрѣнія 372

Стр.

Глава XIII. Противоправность дѣянія и обстоятельства, ее исключающія.

I. Противоправность, какъ признакъ преступнаго дѣянія. II Обстоятельства, исключающія противоправность: 1. значеніе отказа субъекта правоохраненнаго интереса отъ этого послѣдняго (посягательства на собственныя блага и согласіе потерпѣвшаго) a зависимость вопроса отъ опредѣленія истиннаго объекта посягательства и значеніе состава отдѣльныхъ преступленій; b самоубійство, участіе въ немъ и убійство по согласію (требованію), c американская дуэль, d согласіе потерпѣвшаго при тѣлесныхъ поврежденіяхъ; e. условія дѣйствительности согласія. 2 Вопросъ о ненаказуемости врачебной дѣятельности, въ особенности хирургическаго вмѣшательства 3 Исполненіе закона и приказа по службѣ. 4. Осуществленіе публичнаго или частнаго права 419

Глава XIV. Обстоятельства, исключающія противоправность (продолженіе). Необходимая оборона. Крайняя необходимость.

I. Понятіе *необходимой обороны* и основаніе ненаказуемости дѣянія при оборонѣ. II. Анализъ ея элементовъ: 1. нападеніе, 2. противоправность его: a. различное пониманіе этого признака и въ связи съ этимъ различія въ отграниченіи обороны отъ необходимости, b. оборона противъ незаконныхъ дѣйствій органовъ власти; 3. своевременность обороны; 4. блага, оборона которыхъ допускается, 5. соразмѣрность защиты. III. Нѣкоторыя условія допустимости обороны, выдвигавшіяся въ прежнихъ законодательствахъ и теоріи. IV. Превышеніе обороны. V. Мнимая оборона и оборона, какъ предлогъ. VI. Оборонительныя приспособленія.—VII. Понятіе *крайней необходимости*; виды коллизій; историческія данныя. VIII. Элементы крайней необходимости. IX. Юридическое значеніе ея: 1. субъективная теорія, ея основанія и выводы, 2. объективныя теоріи и принципъ преобладающаго интереса: a. теорія юридическаго безразличія дѣянія, совершеннаго въ состояніи необходимости; основаніе и выводы этой теоріи; b теорія права нужды, основаніе и выводы X. Двойственный характеръ случаевъ необходимости; рѣшеніе вопроса de lege ferenda. XI. Крайняя необходимость въ современномъ положительномъ правѣ 460

Стр.

D. Модальности (формы проявленія) преступнаго дѣянія.

Глава XV. Преступная дѣятельность, не приведшая къ результату.

I. Понятіе оконченнаго преступленія и стадіи дѣятельности, ему предшествующія. II Приготовленіе 1 приготовленіе и обнаруженіе умысла, 2. вопросъ о наказуемости приготовленія. III. Покушеніе: 1. отграниченіе отъ приготовленія въ положительномъ правѣ; 2 различное обоснованіе наказуемости покушенія и различныя формулы его въ теоріи; точки зрѣнія субъективныя, объективныя и смѣшанныя; 3. оцѣнка ихъ. IV. Наказуемость покушенія сравнительно съ оконченнымъ преступленіемъ 1. положеніе вопроса въ законодательствахъ и въ наукѣ; 2 вліяніе на наказуемость дѣленія покушенія на виды. оконченное, неоконченное; неудавшееся преступленіе, 3 вліяніе на наказуемость покушенія важности деликта; 4. вліяніе на наказуемость добровольной остановки и предотвращенія результата. V. Вопросъ о негодномъ покушеніи: 1. крайняя субъективная теорія; 2. крайняя объективная теорія; 3. теорія абсолютно и относительно негоднаго покушенія; 4 теорія, разграничивающая случаи сознательнаго и случайнаго примѣненія негоднаго средства, различныя модификаціи этой теоріи, въ особенности: a. теорія Колера, b. теорія, придающая значеніе выбору негоднаго средства по суевѣрію или крайнему невѣжеству; наше законодательство; 5. теорія, различающая опасное и безопасное покушеніе; 6. рѣшеніе вопроса о негодности средства de lege ferenda; 7. негодность объекта: a. господствующій взглядъ; b субъективная теорія и ученіе о „Mangel am Tatbestand“; c теорія абстрактной опасности покушенія; d. попытки рѣшенія вопроса на основаніи уголовно-политич. соображеній, e. теорія, придающая значеніе ошибкѣ въ правѣ; f вопросъ о негодности объекта de lege ferenda. VI. Спорные вопросы о возможности покушенія при нѣкоторыхъ видахъ преступной дѣятельности, въ зависимости отъ субъективныхъ и объективныхъ чертъ ея 524

Глава XVI. Соучастіе.

I. Понятіе соучастія въ дѣйствующемъ правѣ. II. Акцессорная природа соучастія и различное ея пониманіе. 1. акцессорность соучастія, согласно господствующей теоріи, и понятіе посредственнаго виновничества; 2. акцессорность ограниченная. III. Возраженія, вызываемыя господствующей теоріей, и теоріи, отказывающіяся отъ понятія соучастія. IV. Основа-

Стр.

нія для сохраненія соучастія въ ограниченно-акцессорномъ смыслѣ. V. Связь съ этимъ вопросомъ вопроса объ отвѣтственности лицъ, участвующихъ въ деликтахъ, составъ которыхъ предполагаетъ существованіе въ исполнителѣ особыхъ личныхъ свойствъ. 1. особенность этихъ деликтовъ; 2. положеніе вопроса въ контръ-проектѣ, законодательствахъ и наукѣ; 3. системы отвѣтственности за соучастіе и за самостоятельные деликты и оцѣнка системъ. VI Вопросъ о совмѣстимости соучастія съ неосторожностью VII. Необходимое соучастіе и случаи, въ которыхъ понятіе соучастія непримѣнимо. VIII. Категоріи соучастниковъ: 1. *исполнители и пособники* a. разграниченіе этихъ двухъ категорій въ теоріи и положительномъ правѣ. b виды пособничества; c покушеніе на пособничество и соучастіе въ послѣднемъ, d. пособничество посредствомъ бездѣйствія, e. субъективная сторона пособничества, f наказуемость его; 2 *подстрекатели* a. сущность подстрекательства; b. подстрекательство alias facturi; c. подстрекательство къ пособничеству, d. вопросъ о средствахъ подстрекательства; e. умыселъ подстрекателя; f. подстрекательство къ покушенію и провокація, g. неудавшееся подстрекательство; h. наказуемость подстрекателя. IX. Вопросъ о значеніи соучастія, какъ обстоятельства, усиливающаго отвѣтственность. X. Эксцессъ исполнителя и ошибка его въ объектѣ. XI. Виды соучастія, категоріи соучастниковъ и наказуемость ихъ въ русскомъ дѣйствующемъ правѣ. XII. Значеніе добровольнаго отказа исполнителя и соучастниковъ. XIII. Прикосновенность 578

ВВЕДЕНІЕ.

I

Задачи, содержаніе и методы науки уголовнаго права. Вспомогательныя дисциплины.

I. Положительное уголовное право. II. Догматическая и историко-сравнительная обработка его. III. Уголовная политика: 1. задачи ея, 2. отношеніе ея къ соціальной политикѣ; превенція и репрессія 3. пенологія и этіологія преступленія. IV Факторы преступности V Уголовная соціологія и уголовная антропологія VI Отношеніе ихъ къ уголовному праву VII. Уголовная политика и уголовное право. VIII. Тюрьмовѣдѣнье и криминалистика. IX. Подраздѣленіе науки уголовнаго права, содержаніе настоящаго труда.

Литература. См., кромѣ соотвѣтствующихъ §§ курсовъ и учебниковъ, особенно слѣдующія статьи: *Сергѣевскій.* Преступленіе и наказаніе, какъ предметъ юридической науки. Юрид. Вѣст. 1879 г. № 12. *Духовской.* Задачи науки угол. права 1872 *Таганцевъ.* Предметъ науки уголовнаго права. Право. 1901 г. № 51 и 52. *Liszt.* Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft. (1899 г.) въ его Strafrechtliche Aufsätze und Vortrage. 1905. II т, стр. 284. *Мокринскій.* Система и методы науки уголовнаго права. Вѣстникъ права 1906 г. кн. III. *Чубинскій.* Наука уголовнаго права и ея составные элементы. 1902 въ его „Статьи и рѣчи". 1906 г. I. 102. *Набоковъ.* Содержаніе и методъ науки угол. права, въ его Сборникѣ статей. 1904. стр. 1 См. еще труды, которые указаны въ примѣчаніяхъ.

I. Изъ всей массы правонарушеній, или деликтовъ, выдѣляется категорія такихъ, на которыя государство реагируетъ особенно рѣзко, особенно энергично. Не довольствуясь возстановленіемъ правомѣрнаго состоянія или возмѣщеніемъ

причиненнаго вреда, государство вторгается тогда въ сферу наиболѣе цѣнныхъ благъ личности, лишаетъ ее свободы, имущественныхъ или иныхъ правъ, иногда жизни, примѣняетъ наказаніе.

Эта категорія наказуемыхъ правонарушеній, или преступленій, опредѣляется нормами права, которыми опредѣляются также роды и виды наказанія, или карательныя средства, подлежащія примѣненію за то или другое преступленіе.

Совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ, какіе деликты составляютъ преступленія и какія наказанія они влекутъ за собою, и есть положительное матеріальное уголовное право.

Формальное, или процессуальное, уголовное право представляетъ собою отличную, самостоятельную вѣтвь публичнаго права. Это нормы, опредѣляющія порядокъ установленія въ конкретномъ случаѣ права государства примѣнить наказаніе къ опредѣленному лицу. Процессуальное право излагается отдѣльно отъ матеріальнаго; исключеніе составляютъ курсы уголовнаго права французскихъ криминалистовъ, содержащіе, какъ особую часть, и изложеніе процесса [1]). Терминъ уголовное право употребляется иногда, именно: въ нѣмецкой литературѣ, не только въ объективномъ смыслѣ, какъ принято у другихъ народовъ, но и въ субъективномъ смыслѣ, какъ право государства на наказаніе преступника. Въ данномъ нами опредѣленіи уголовное право имѣетъ объективный смыслъ.

II. Задача науки уголовнаго права состоитъ прежде всего въ уясненіи принциповъ, лежащихъ въ основѣ положительнаго права, въ дедукціи изъ нихъ частныхъ положеній, въ раскрытіи пробѣловъ и противорѣчій, и въ сведеніи всего положительнаго матеріала въ стройную систему. Эта задача выполняется *догмой* уголовнаго права, работающей логическимъ методомъ Существеннымъ дополненіемъ служатъ историческій и сравнительный методы, уясняя истинный смыслъ нормъ, имѣющихъ корни въ прошломъ, въ прежнемъ законодательствѣ, или заимствованныхъ изъ ино-

1) См., напр., Précis Garraud, курсъ Видаля. Напротивъ, въ обширный Traité du droit pénal français Гарро не включилъ процесса; недавно появился его спеціальный курсъ, посвященный послѣднему.

земнаго права, или съ нимъ сходныхъ, позволяя опредѣлить значеніе нормы въ настоящемъ или предлагая примѣры практическаго примѣненія ея на почвѣ того законодательства, откуда она почерпнута. Догматическое и историко-сравнительное изученіе уголовнаго права составляетъ необходимый минимумъ для юриста-практика, дающій ему возможность овладѣть всей подчасъ безсистемной, разрозненной или противорѣчивой массой уголовно-правовыхъ постановленій.

III. 1. Но наука уголовнаго права не ограничивается указанной первой задачей, а ставитъ себѣ и другія: критику дѣйствующаго права и выработку основъ для его реформы. Осуществленіе этой задачи беретъ на себя *уголовная политика*. Уголовное право преслѣдуетъ практическую цѣль—искорененіе или хотя бы уменьшеніе преступности; и уголовная политика занята выработкой наиболѣе пригодныхъ средствъ для достиженія этой цѣли.

2. Но не всѣ средства борьбы съ преступностью обнимаются уголовной политикой: многія изъ нихъ имѣютъ, чисто предупредительный (превентивный) характеръ, стараясь предотвратить совершеніе преступнаго дѣянія, напр.: ночная охрана улицъ, помѣщеніе буйно-помѣшанныхъ въ лечебницы; далѣе, цѣлый рядъ мѣръ, преслѣдующихъ иныя цѣли, служащихъ для разрѣшенія другихъ задачъ государства, которыя можно объединить подъ общимъ именемъ цѣлей и задачъ культурнаго прогресса, косвенно способствуетъ уменьшенію преступности: просвѣщеніе народа, улучшеніе матеріальныхъ условій существованія низшихъ классовъ, искорененіе пьянства и т. п. Всѣ эти мѣры превентивныя и обще-культурныя, не предполагающія совершенія преступнаго дѣянія, относятся къ области предупредительной полиціи и соціальной политики и регулируются административнымъ правомъ [2]). Наука уголовнаго права, работая для lex ferenda, осуществляя уголовно-политическія задачи, ограничивается борьбой съ преступностью при помощи мѣръ,

---

2) За включеніе и этихъ мѣръ въ уголовную политику проф. Чубинскій—ук. соч., стр. 153 и Пусторослевъ—Русск. угол. право. Вып. I, 1907 г. стр. 24.

направленныхъ на *личность* преступника[3]) и предполагающихъ такимъ образомъ, что совершено преступленіе. Эти мѣры представляютъ собою или наказаніе въ строгомъ смыслѣ слова, или же весьма близкія къ нему такъ называемыя *мѣры соціальной защиты* (mesures de sûreté, misure di sicurezza, sichernde Massnahmen), имѣющія цѣлью предупредить повтореніе преступнаго дѣянія тѣмъ же преступникомъ, предотвратить рецидивъ. Эти мѣры получили развитіе въ новѣйшихъ кодексахъ (напр., Норвежскомъ 1902 г.) и отдѣльныхъ новеллахъ (напр., Англійскомъ Prevention of crimes act 1908 г.) и въ особенности въ новѣйшихъ проектахъ швейцарскомъ (1908 г.), германскомъ (1909 г.; оба предварит. проекты) и австрійскомъ правительственномъ (1912 г.), затѣмъ въ датскомъ (1912 г.) и сербскомъ (1910 г.). Онѣ или дополняютъ наказаніе, или назначаются вмѣсто него. Сюда относятся: предупредительное заключеніе привычныхъ опасныхъ рецидивистовъ, помѣщеніе въ рабочіе дома лицъ, преступленіе которыхъ вытекаетъ изъ привычки къ праздности, тунеядству, разврату; особыя тюрьмы-лечебницы для уменьшенно-вмѣняемыхъ, для алкоголиковъ; исправительно-воспитательныя заведенія для юныхъ преступниковъ; особыя больницы для преступниковъ помѣшанныхъ. *Отъ чисто предупредительныхъ эти мѣры существенно отличаются тѣмъ, что необходимымъ условіемъ ихъ примѣненія служитъ совершеніе преступнаго дѣянія, тогда какъ первыя этого условія не предполагаютъ.*

Весьма спорно, дѣйствительно ли мѣры соціальной защиты имѣютъ самостоятельную природу и составляютъ особый институтъ, отличный отъ наказанія? Но и сторонники положительнаго разрѣшенія этого вопроса въ большинствѣ относятъ эти мѣры къ уголовному праву и опредѣленіе ихъ предоставляютъ уголовному суду[4]), только единичные голоса раздаются въ пользу отнесенія ихъ къ административному праву, а иногда и въ пользу передачи ихъ вѣдомству административныхъ органовъ[5]). Но эта точка зрѣнія, объясняемая опасе-

3) Liszt—Lehrb. (изд. 20), § 15, проф. Піонтковскій—Угол. право. Вып. I. 1913 г. стр. 17, Мокринскій—ук. соч., стр. 10, прим. 2. Stoos. Lehrbuch. (изд. 2) § 4.

4) Проекты вносятъ ихъ въ уголовные кодексы. Въ этомъ смыслѣ Листъ, Штосъ, Принсъ, Жижиленко и друг. См. ниже главы IV и V.

5) Ср. Nagler, R. Schmidt, Beling въ Kritische Beitrage (ниже Введеніе II, въ концѣ).

ніями смѣшать мѣры защиты съ наказаніемъ и содержащая косвенное признаніе неясности отличительной грани обоихъ понятій, исключаетъ изъ уголовнаго права весьма важныя средства борьбы съ преступностью и при томъ путемъ воздѣйствія на личность преступника и игнорируетъ ту особенность этихъ мѣръ, сближающую ихъ съ наказаніемъ, что онѣ представляютъ послѣдствіе или одно изъ послѣдствій преступленія [6]). Такимъ образомъ, и въ случаѣ признанія ихъ самостоятельнымъ институтомъ, съ чѣмъ мы не согласны [7]), взаимоотношеніе ихъ и наказанія можетъ быть правильно намѣчено только при оставленіи ихъ въ области одной и той же науки Передача ихъ административнымъ органамъ подрывала бы ихъ значеніе, дѣлала бы ихъ опасными для индивидуальной свободы, устраняя судебныя гарантіи, отнимала бы дѣло у суда, располагающаго въ результатѣ судебнаго слѣдствія готовымъ матеріаломъ для рѣшенія вопроса.

3. Осуществленіе уголовно-политической задачи предполагаетъ прежде всего [8]) знаніе дѣйствующаго права и его практическаго примѣненія, иллюстрирующаго его недостатки и достоинства, а также знакомство съ уголовнымъ правомъ другихъ народовъ и исторіей иностраннаго и особенно отечественнаго права: чужой опытъ даетъ много поучительнаго при оцѣнкѣ и реформѣ своего законодательства, а историческое изученіе того или иного института необходимо для опредѣленія его жизнеспособности, должно оберегать отъ поспѣшныхъ выводовъ, отъ ломки прочно утвердившихся въ сознаніи народа правовыхъ представленій и можетъ дать основу для прогноза пріемлемости нововведеній [9]). Такимъ образомъ догматическое и историко-сравнительное изученіе уголовнаго права важно и для lex ferenda Но этого недостаточно: [10]) уголовное право, желающее достигнуть, хотя бы въ извѣстной мѣрѣ, пониженія уровня преступности, не можетъ ограничиться этимъ матеріаломъ; важный матеріалъ дается изученіемъ вліянія наказанія на

---

6) т. е. кромѣ наказанія

7) См. ниже главу IV.

8) См. Н С. Таганцевъ—Право, 1901 г. № 52, стр. 2342—2344.

9) Къ этой необходимости считаться съ общественнымъ правосознаніемъ сведется и осуществленіе требованія согласовать уголовную политику съ этическими принципами, подчеркиваемаго проф. Мокринскимъ (ук. соч.) и Познышевымъ (Осн. нач) Оба имѣютъ въ виду кромѣ нравственнаго оправданія наказанія еще и принципъ возможно меньшей суровости репрессіи (см. ниже).

10) См. объ этомъ ук. статью Чубинскаго, стр. 132.

преступность вообще и на преступниковъ, уже подвергавшихся ему, въ частности, т. наз. *пенологіей*, далѣе изученіемъ причинъ преступности, указывающихъ, въ какой мѣрѣ наказаніе способно создать препятствіе ея развитію и какія иныя мѣры могутъ съ успѣхомъ вести къ той же цѣли, т. назыв. *этіологіей преступности*[11]) или иногда *криминологіей*[12]).

IV. Наказаніе падаетъ на личность, и эффектъ его зависитъ отъ свойствъ этой личности; тѣ мѣры, которыя пригодны для одной категоріи преступниковъ, оказываются недѣйствительными или даже вредными для другой. Необходимо раздѣленіе наказываемыхъ на классы въ зависимости отъ характеровъ преступниковъ, и въ каждомъ классѣ желательно дальнѣйшее приспособленіе карательнаго средства къ наказываемой личности, *индивидуализація наказанія*. Характеръ личности слагается подъ вліяніемъ отчасти біологическихъ условій—наслѣдственности, вырожденія, расы, темперамента и т. д. (*личный факторъ* преступности), отчасти общественныхъ—воспитанія, пережитыхъ впечатлѣній, примѣровъ, экономической обстановки и т. п. (*соціальный факторъ*), и въ нѣкоторой степени космическихъ условій (напр., климата). Эти факторы вызываютъ къ жизни преступныя дѣянія, и цѣлесообразная борьба съ послѣдними предполагаетъ знакомство съ этими условіями, такъ какъ устраненіе или ослабленіе причинъ преступности гораздо важнѣе, чѣмъ примѣненіе наказанія, слѣдующаго за совершеннымъ уже преступленіемъ; мѣры, направленныя противъ причинъ преступности, предотвращаютъ совершеніе преступнаго дѣянія и дѣлаютъ ненужнымъ само наказаніе; Ферри[13]) назвалъ ихъ замѣстителями послѣдняго (sostitutivi penali) или его эквивалентами[14]).

---

11) Такъ Van—Hamel въ Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissen. 32 т., 26 стр. Чубинскій, 153.

12) Garraud. Précis, № 13. Liszt, § 14. Піонтковскій, стр. 5.

13) Ferri, Sociologie criminelle, изд. 1905 г, стр 268.

14) Биндингъ обращаетъ однако вниманіе на то, что и полезныя реформы ведутъ часто къ нарушенію соотвѣтствующихъ постановленій и вызываютъ необходимость борьбы съ ними посредствомъ наказанія и появленіе новыхъ видовъ преступленій. Иронизируя надъ нѣкоторыми предложеніями Ферри, напр., объ отмѣнѣ бумажныхъ денегъ для

V. Соціальныя условія преступности изучаются *уголовной соціологіей*, и добытыя ею данныя служатъ матеріаломъ какъ для организаціи мѣръ соціальной политики, на ряду съ данными общей соціологіи, напр., для рѣшенія жилищнаго вопроса рабочихъ классовъ, вопроса о призрѣніи заброшенныхъ дѣтей,—мѣръ, регламентируемыхъ административнымъ правомъ, такъ и для уголовнаго законодательства, указывая предѣлы и степень вмѣшательства государства при помощи карательной угрозы и ея дѣйствительнаго примѣненія, давая руководящую нить при разрѣшеніи вопроса о криминализаціи тѣхъ или другихъ правонарушеній, т. е. объ отнесеніи ихъ къ категоріи преступныхъ[15]), ибо тамъ, гдѣ необходимо коренное преобразованіе правоотношеній и регулирующихъ ихъ нормъ другихъ областей права, напр., семейнаго, вещнаго, мало дѣйствительной окажется охрана ихъ санкціей наказанія. Уголовная соціологія укажетъ далѣе сравнительное значеніе цѣнностей, служащихъ объектомъ посягательства, распространенность того или другого рода преступленій и причины этого явленія; знаніе соціальныхъ факторовъ преступности способствуетъ также надлежащему устройству и режиму мѣстъ заключенія и выбору мѣръ социальной защиты: многое, что способно помочь наказываемому, по выходѣ на свободу, успѣшнѣе бороться съ соціальными условіями, толкающими къ преступленію, должно быть использовано во время отбытія наказанія и непосредственно за этимъ (пріученіе къ труду, сообщеніе полезныхъ свѣдѣній, изученіе ремесла, устройство рабочихъ домовъ для преступниковъ, преступность которыхъ вытекаетъ изъ тунеядства и т. п.).

Изученіе личнаго фактора преступности составляетъ предметъ *уголовной антропологіи* въ широкомъ значеніи сло-

---

устраненія ихъ поддѣлки, Биндингъ говоритъ: остается только наиболѣе радикальная мѣра для уничтоженія преступности—отмѣнить человѣка вообще (см. Binding. Grundriss. Allg. Th. 1907, изд. 7, предисловіе, стр. VII, VIII.)

15) Значеніе уголовной соціологіи именно для разрѣшенія этой задачи, не упоминая о другихъ, подчеркиваетъ видный современный представитель соціологическаго направленія Florian Trattato di diritto penale. V. I., parte 1. (изд. 1910 г.) §§ 46 и 47.

ва, въ частности: соматологіи (изученіе тѣлесныхъ и физіологическихъ особенностей), психологіи (изученіе духовныхъ чертъ преступника) и психопатологіи (изученіе болѣзненныхъ разстройствъ психики). Эти дисциплины особенно важны для уголовнаго права: онѣ даютъ основу для выдѣленія изъ всей массы совершившихъ преступленіе категоріи невмѣняемыхъ, не несущихъ уголовной отвѣтственности, и для подраздѣленія другой категоріи, отвѣтственной за свои поступки, на классы, различающіеся психическими особенностями, напр., классъ привычныхъ преступниковъ, классъ неисправимыхъ (закоренѣлыхъ), преступниковъ дефективныхъ или съ уменьшенной вмѣняемостью, преступниковъ по страсти и т. п. Индивидуализація наказанія, выборъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ наиболѣе пригоднаго карательнаго средства будетъ тѣмъ удачнѣе, чѣмъ лучше изслѣдованы психологическія особенности преступника[16]) Указанныя дисциплины часто помогаютъ правильному рѣшенію вопроса и о криминализаціи дѣянія и объ оцѣнкѣ его тяжести, напр., дѣтоубійства (убійство матерью ребенка во время родовъ или непосредственно за ними) или гомосексуализма, содоміи[17]).

VI. Если такимъ образомъ уголовныя антропологія и соціологія даютъ цѣнный матеріалъ для законодательныхъ реформъ въ области уголовнаго права, а также при практическомъ примѣненіи его постановленій, насколько послѣднія оставляютъ значительную свободу судьѣ и ненитенціарнымъ органамъ при индивидуализаціи наказанія, то, естественно, у многихъ ученыхъ возникаетъ стремленіе ввести и эти отрасли наукъ въ науку уголовнаго права или даже замѣнить послѣднюю уголовной антропологіей (такъ Ломброзо)[18]) или уголовной соціологіей (такъ Дорадо[19]) и по существу Ферри)[20]) или же создать особую область права или особую науку, не исключительно юридическую, о борьбѣ съ преступностью, включающую все, что имѣетъ какое-либо отношеніе къ этой борьбѣ (Verbrechensbekämpfungsrecht и, какъ идеалъ,

16) Ср. Florian—l. c.

17) Binkmeyer, Studien. 167 стр., справедливо указывающій, что съ этимъ матеріаломъ считалась уже классич. школа. Stoos Lehrb. § 4

Verbrechensbekämpfungswissenschaft; такъ Thomsen)[21]). Но эти крайнія точки зрѣнія не находятъ послѣдователей: замѣна уголовнаго права антропологіей мыслима только, если признать правильнымъ утвержденіе, что преступленіе есть біологическое явленіе, узнаваемое по антропологическимъ признакамъ и требующее мѣръ защиты, однородныхъ съ мѣрами борьбы противъ другихъ вредныхъ стихійныхъ явленій,—точка зрѣнія, несомнѣнно ошибочная и окончательно опровергнутая (см. ниже Введ. II). Уголовная соціологія также не можетъ вытѣснить науку уголовнаго права, изучающую *правовые* условія и предѣлы наказанія[22]), какъ одного изъ средствъ борьбы съ преступленіемъ, занятую выработкой юридическихъ понятій преступленія вообще и его отдѣльныхъ видовъ и наказанія и отдѣльныхъ карательныхъ средствъ, тогда какъ уголовная соціологія изслѣдуетъ взаимоотношеніе соціальныхъ явленій преступленія и наказанія съ другими соціальными явленіями, зависимость отъ нихъ и вліяніе на нихъ, пользуясь пріемами массоваго наблюденія конкретныхъ фактовъ (статистическій методъ). Такимъ образомъ предметы и методы этихъ наукъ не совпадаютъ, и даже цѣли совпадаютъ не-

---

18) L'homme criminel.

19) Dorado въ Annales de l'Institut internat de Sociologie 1895 г. I, 305 и слѣд., особ. 322

20) Таковъ весь характеръ труда Ferri „Sociologia criminale", нѣсколько смягченный въ послѣдующихъ изданіяхъ Хотя Ферри и признаетъ значеніе классическаго уголовнаго права и говоритъ о его эволюціи на основѣ антропологіи и соціологіи и какъ-будто о соединеніи ихъ съ юридическимъ изслѣдованіемъ, (стр 15, 28, 40 французск. изданія 1905 г), однако полагаетъ, что и уголовное право должно изучать преступленіе, какъ соціальное явленіе, и въ сущности не оставляетъ мѣста для юридическаго элемента, онъ высказываетъ отрицательное отношеніе даже къ такимъ курсамъ уголовнаго права, которые принадлежатъ криминалистамъ соціологическаго направленія напр., Листа и Гарро (стр. 40, 624, 25).

21) См. его Grundriss des Deutshen Verbrechensbekampfungsrechtes 1905. Einleitung XXXVII—XLIII

22) Van Hamel, одинъ изъ наиболѣе крайнихъ представителей соціологич. направленія, признаетъ юридич. догматику и опредѣляетъ ее, какъ ученіе о подлежащихъ правовому установленію границахъ вторженія въ правовую сферу личности (ук статья стр. 26).

вполнѣ[23]) уголовное право примѣняетъ матеріалъ, доставляемый антропологіей и соціологіей, для разрѣшенія вопроса о необходимости и степени вторженія въ правовую сферу личности посредствомъ наказанія, а указанныя дисциплины преслѣдуютъ самостоятельныя цѣли[24]) и при томъ, если и служатъ также цѣли борьбы съ преступностью, то не одними карательными средствами или близкими къ нимъ мѣрами соціальной защиты, но и средствами, направленными къ ослабленію общихъ причинъ преступности, даютъ матеріалъ для разрѣшенія вопросовъ соціальной политики, напр. объ уменьшеніи пьянства, скученности населенія и т. п. Объединеніе же различныхъ наукъ въ одну только на основаніи ихъ значенія для борьбы съ преступностью, по идеѣ Томсена, привело бы, какъ замѣчаетъ Флоріанъ, къ какому-то хаосу[25]): дѣйствительно, эта всеобъемлющая наука борьбы съ преступностью охватила бы и административное право, и всю область экономики, и даже религію и этику, ибо въ конечномъ результатѣ всѣ эти двигатели прогресса и культуры могутъ вліять на ходъ преступности. Но съ одной стороны, былъ бы очень узкимъ взглядъ, который разсматривалъ бы соціальную жизнь подъ однимъ угломъ и центръ всѣхъ общественныхъ реформъ видѣлъ лишь въ уменьшеніи преступныхъ посягательствъ, тогда какъ цѣнность культурныхъ завоеваній—напр., страхованія рабочихъ, распространенія трезвости, всеобщаго обученія—опредѣляется, конечно, не этими побочными вліяніями[26]); съ другой стороны, программа Томсена и не столь широкая программа криминалистовъ, которые, сохраняя юридическій характеръ науки уголовнаго права, настаиваютъ на включеніи въ нее уголовной антропологіи и соціологіи (такъ проф. Чубинскій)

---

23) Такъ Сергѣевскій. Русск. Угол. право. 1905. стр. 12 и въ статьяхъ, тамъ указанныхъ. Таганцевъ Рус. Угол. право. 1902. I, 9 и слѣд.

24) О различіи непосредственныхъ цѣлей Alimena въ докладѣ Парижскому конгрессу угол. права 1893 г. Bulletin de l'Union Intern. V. IV, liv. 2, стр. 127.

25) ук. соч. I, стр. 103. О недостаточности общности конечной цѣли для единства науки Alimena l. c.

26) См. Binding—Grundriss. Предисловіе къ 7-ому изд. VI, VII.

или же только послѣдней (такъ проф. Піонтковскій, Познышевъ, Гернетъ)[27]), забываетъ о дифференціаціи наукъ и спеціализаціи знаній, наблюдаемыхъ всюду съ ихъ ростомъ, и о плодотворномъ принципѣ раздѣленія труда[28]).

Проф. Чубинскій требуетъ отъ криминалиста самостоятельной работы въ области сейчасъ упомянутыхъ дисциплинъ, чтобы „не пѣть съ чужого голоса“[29]). Однако можно усомниться въ плодотворности такой работы каждая наука имѣетъ свои пріемы изслѣдованія, свои научные методы, и, если проф. Чубинскій[30]) считаетъ непримѣненіе естественно-научныхъ методовъ криминалистами только преходящимъ явленіемъ и ожидаетъ въ будущемъ, при расширеніи объема науки уголовнаго права, иного отношенія къ этому методу, то это глубокое заблужденіе причина лежитъ въ особой природѣ изслѣдуемыхъ явленій и въ особомъ характерѣ работы юриста, антрополога и соціолога, только въ видѣ рѣдкаго исключенія можетъ явиться талантъ, работающій успѣшно логическими пріемами права и экспериментальными антропологіи, напр. соматологіи, психіатріи. Каждому свое, и лучше основательная работа въ одной области, чѣмъ диллетантская поверхностность[31]) въ двухъ или трехъ. Точно такъ же сложность соціальныхъ отношеній и углубленіе пріемовъ современной статистики не позволятъ юристу одновременно работать надъ разрѣшеніемъ задачъ уголовной соціологіи и уголовнаго права, хотя и въ меньшей мѣрѣ, начало раздѣленія труда и здѣсь должно найти для себя примѣненіе.

Соединеніе соціологическаго и юридическаго изслѣдованія, допустивши даже возможность самостоятельной обработки матеріала, останется все же механическимъ[32]), и дѣй-

---

27) Соціальные факторы преступности.

28) Binkmeyer. Studien. 165. Набоковъ—ук. соч., 9. Florian—ук. соч 105. Такимъ образомъ нельзя признать правильнымъ, что невключеніе уголовно-соціологическаго изслѣдованія въ науку уголовнаго права, есть одна изъ особенностей классической школы (такъ пр. Піонтковскій—ук. соч., 20).

29) Чубинскій—ук. ст., 49 и Курсъ угол. политики. 1912. стр. 42.

30) Курсъ угол. полит., 35.

31) См правильныя замѣчанія по этому поводу, хотя и въ рѣзкомъ тонѣ, Биркмейера (Studien, 166).

32) Ср. Мокринскій, ук. соч., 1—5. Такое соединеніе встрѣчается въ коллективныхъ трудахъ ученыхъ разныхъ спеціальностей, напр., въ хрестоматіи Гольцендорфа, какъ можно назвать его изданіе по тюрьмовѣдѣнью (Jagemann und Holtzendorff. Handbuch d. Gefangnisswesens). Листомъ и Лилиенталемъ издается съ 1881 г. журналъ Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft, посвященный и наукамъ, вспомогательнымъ для уголовнаго права, гдѣ, конечно, статьи изъ этихъ областей принадлежатъ перу специалистовъ. Терминъ „gesamte Straf

ствительно, даже въ курсахъ ученыхъ, придающихъ громадное значеніе соціальному фактору преступности, какъ Листъ, Принсъ, Гарро мы встрѣчаемъ обработку именно юридическаго матеріала и только пользованіе данными соціологіи и антропологіи, насколько это необходимо для оцѣнки положительнаго права; только результаты, добытые этими науками, вводятся въ изложеніе и при томъ, какъ отдѣльная часть введенія въ науку уголовнаго права; самостоятельное изслѣдованіе обычно относится только къ статистикѣ рецидива (Vidal). По полнотѣ указаннаго матеріала эти курсы даже уступаютъ курсу маститаго Н. С. Таганцева, который, какъ извѣстно, противъ соединенія этихъ наукъ съ наукою уголовнаго права. Съ другой стороны, соціологическое изслѣдованіе Ферри остается именно соціологическимъ, только слегка затрагивая юридическую сторону преступленія и наказанія.

Уголовная антропологія и соціологія могутъ имѣть такимъ образомъ значеніе только отдѣльныхъ отъ науки уголовнаго права вспомогательныхъ наукъ[33]). Криминалистъ, заимствуя добытыя ими данныя, можетъ только основываться на изслѣдованіяхъ спеціалистовъ, и принимать для своихъ построеній твердо установившіеся ихъ выводы; все спорное онъ долженъ принимать съ большой осторожностью, ему доступна при этомъ критика логичности выводовъ, соотвѣтствія ихъ предпосылкамъ, но не болѣе:[34]) самостоятельное

---

rechtswis".—совокупность уголовн знаній—подчеркиваетъ отличіе отъ уголовн. права.

33) Такъ громадное большинство современныхъ ученыхъ даже соціологич. направленія и третьей школы см, напр, Garraud. Traité. 1913. I, 46. Alimena. Principi di diritto penale. 1910. стр 16 и 17. сходно Florian, I, 102 и слѣд. Manzini. Trattato (1908), I, § 1 и слѣд.

34) Именно такой характеръ имѣетъ вводимый проф. Познышевымъ въ его курсъ новый отдѣлъ: „ученіе о преступникѣ и факторахъ преступности". Да другого характера онъ и имѣть не можетъ въ особенности, что касается біологіи и психологіи преступника. Такъ поступаютъ и Луккини (см. ниже), и Н С. Таганцевъ, и др юристы: напр, Чубинскій (Курсъ угол. политики). Этимъ только опровергается мнѣніе проф. Познышева (стр. 19), что уголовное право должно изучать и преступника Правильнѣе было бы сказать: должно сообщать установленныя другими науками данныя о немъ, необходимыя для построенія юридическихъ понятій и нормъ (напр, о вмѣняемости)

установленіе фактовъ и взаимоотношенія ихъ требуетъ спеціальныхъ знаній. Правда, встрѣчаются хорошіе самостоятельные труды юристовъ въ области соціологіи, но въ этомъ случаѣ они лишены юридическаго содержанія и криминалистъ выступаетъ въ роли соціолога (см. Введ. II).

VII. Напротивъ, нельзя признать правильнымъ отдѣленіе уголовной политики отъ уголовнаго права въ собственномъ смыслѣ и отнесеніе ея къ особому курсу. Каждый институтъ долженъ быть изслѣдованъ и de lege lata, и de lege ferenda, и это послѣднее изслѣдованіе тѣмъ ярче и систематичнѣе, чѣмъ болѣе оно противопоставляется существующимъ нормамъ, и, въ свою очередь, спорные вопросы дѣйствующаго права получаютъ при этомъ болѣе правильное освѣщеніе и разрѣшаются въ соотвѣтствіи съ уголовно-политическими идеалами: научное творчество, проникая въ судебную практику, даетъ возможность истолковывать неясныя постановленія законодательства въ желательномъ смыслѣ и проводить эти идеалы въ жизнь иногда еще до законодательныхъ преобразованій [35]). Конечно, нельзя отрицать значеніе спеціальныхъ уголовно-политическихъ изслѣдованій отдѣльныхъ институтовъ, но выдѣленіе всѣхъ desiderata уголовной политики въ отдѣльную дисциплину препятствуетъ цѣльности научнаго изслѣдованія и придаетъ этимъ desiderata случайный, отрывочный характеръ [36]).

---

35) Ср. Піонтковскій, 14, Мокринскій, 27.

36) Такой характеръ имѣетъ и Курсъ угол. политики пр. Чубинскаго, содержащій много интереснаго и цѣннаго матеріала. Необходимо отмѣтить, что съ одной стороны, угол. соціологія еще молодая вѣтвь науки и дала еще сравнительно мало, что выводы ея, основанные на статистикѣ, не отличаются твердостью, и что пока дальше общихъ положеній о зависимости преступности отъ нѣкоторыхъ соціальныхъ причинъ она не пошла. Такъ какъ чуть ли не всякое измѣненіе общественныхъ условій отражается на преступности, анализъ только нѣкоторыхъ изъ нихъ уже поэтому не даетъ полной картины. Въ связи съ этимъ и предложенія de lege ferenda, оторванныя отъ системы положит. права, по необходимости составятъ только рядъ пожеланій, но не законченную систему. Противъ раздѣленія уголовной политики и права Florian, I, 105; Познышевъ, 9. Въ пользу этого Піонтковскій, 16. У Листа отнесено ко введенію изложеніе общихъ принциповъ угол. политики, сводящихся къ нѣсколькимъ положеніямъ Уголовно-полити-

VIII. Въ самостоятельную дисциплину выдѣлилось тюрьмовѣдѣнье, занятое вопросами наиболѣе цѣлесообразнаго въ дѣлѣ борьбы съ преступностью устройства тюремъ и тюремнаго режима и обнимающее, кромѣ юридическаго матеріала, также множество данныхъ изъ гигіены, медицины, психологіи и различныхъ прикладныхъ наукъ (архитектуры, напр.)[37]).

Самостоятельную область представляетъ и такъ называемая криминалистика, собственно не наука, а искусство распознаванія и констатированія конкретныхъ случаевъ преступленія, на основаніи судебной медицины, химіи, фотографированья, дактилоскопіи, метода ассоціаціи, вообще различныхъ техническихъ пріемовъ. Основатель криминалистики проф. Гансъ Гроссъ[38]]

Не входя въ составъ науки уголовнаго права, всѣ указанныя дисциплины пріобрѣтаютъ однако особенное значеніе при измѣненіи постановки дѣла репрессіи на началахъ индивидуализаціи, съ чѣмъ связано расширеніе рамокъ судебнаго изслѣдованія и власти судей и пенитенціарныхъ органовъ при выборѣ наиболѣе пригоднаго карательнаго средства: бытъ преступниковъ, ихъ психологическія особенности, положеніе отбывшихъ наказаніе должны дать для этого выбора болѣе надежный матеріалъ. На Копенгагенскомъ конгрессѣ Межд. Союза угол. права, въ 1913 г., Гейм-

---

ческій матеріалъ вводится въ уголовное право Таганцевымъ, Баромъ (Gesetz und Schuld), Фойницкимъ въ ихъ курсы общей и особенной части. Въ иностранной литературѣ нѣтъ *курсовъ* угол. политики. Относительно несовершенства пріемовъ угол. статистики Wasserмann Begriff und Grenzen d. Kriminalstatistik. Hoegel въ Statistisch. Monatschrift 1907. Binding Grundriss. (7-е изд.) предислов. XIV, Таганцевъ I, 12. Необходимость улучшеній признаетъ и Georg Mayer въ Monatschrift f. Criminalpsychologie 1911. 8 Jahrg., Hefte 6 и 7.

37) См., напр., указанное выше руководство Ягемана и Гольцендорфа; также Кроне, Кюша, у насъ лучшія работы по тюрьмовѣдѣнью принадлежатъ И. Я. Фойницкому, С. В. Познышеву и П. И. Люблинскому. Большой матеріалъ введенъ Н. С. Таганцевымъ въ его курсъ при изложеніи ученія о наказаніи.

38) Особенно извѣстно его „Руководство для судебныхъ слѣдователей, какъ система криминалистики“ (русск. перев., послѣднее нѣмецк. изд. 5-е 1908 г.). Литературу по криминалистикѣ см. Liszt. Lehrbuch, 8§, пр. 12.

бергеръ представилъ подробный докладъ о необходимости специальной подготовки практическихъ юристовъ въ этомъ направленіи, вызвавшій, впрочемъ, заявленіе столь крупнаго психолога, какъ Геффдингъ, что точный прогнозъ исправимости преступника или вѣрное опредѣленіе его характера, для рѣшенія вопроса о его досрочномъ освобожденіи, на почвѣ психологіи недостижимы.

IX. Итакъ содержаніе науки уголовнаго права составляетъ анализъ de lege lata и de lege ferenda элементовъ понятій преступленія и наказанія вообще и отдѣльныхъ ихъ видовъ Соотвѣтственно съ этимъ наука уголовнаго права распадается на двѣ части 1) общую, куда принято относить также изложеніе отдѣльныхъ видовъ наказанія (карательныхъ мѣръ) и 2) особенную, содержащую анализъ отдѣльныхъ видовъ преступленія—разбоя, убійства, кражи и т. п

Въ свою очередь, общая часть дѣлится на ученіе о преступленіи и ученіе о наказаніи; къ ней же часто относятъ ученіе объ уголовномъ законѣ, какъ источникѣ уголовнаго права. Иногда впрочемъ это послѣднее относятъ къ введенію, въ которомъ отводится нѣкоторыми криминалистами мѣсто для изложенія историческаго развитія важнѣйшихъ понятій и институтовъ уголовнаго права, а также для т. назыв. уголовно-правовыхъ теорій, т. е. теорій о цѣляхъ и основаніи наказанія, или же для изложенія принимаемаго авторомъ взгляда на сущность и задачи наказанія. Если историческія указанія болѣе полезны, когда приводятся въ связи съ современнымъ положеніемъ вопроса въ наукѣ и дѣйствующихъ законодательствахъ, то предпосылка изложенія *основныхъ вопросовъ*, относящихся къ наказанію, ученію о преступленіи, должна быть признана весьма цѣлесообразной: хотя наказаніе и есть послѣдствіе преступленія, но послѣдствіе, не вытекающее изъ природы преступленія съ логической необходимостью, а опредѣляемое волей законодателя; примѣненіе послѣднимъ наказанія обусловливается значеніемъ этого средства защиты правопорядка и достижимыми имъ цѣлями. Преступленіе становится таковымъ именно потому, что законъ, вообще положительное право (обычай, указъ въ видѣ рѣдкаго исключенія) связали съ

извѣстнымъ правонарушеніемъ наказаніе. Такимъ образомъ первичнымъ слѣдуетъ признать это понятіе, а преступленіе производнымъ понятіемъ. Вопросы ученія о послѣднемъ, напр.: о винѣ и ея оттѣнкахъ, покушеніи и его видахъ, крайней необходимости и др. получаютъ то или иное рѣшеніе въ зависимости отъ взглядовъ на сущность и цѣли наказанія. Эти послѣдніе вопросы постоянно возникаютъ при изслѣдованіи элементовъ преступленія и его формъ, и попутно разрѣшаются и тѣми криминалистами, которые излагаютъ все ученіе о наказаніи послѣ ученія о преступленіи, а это ведетъ къ повтореніямъ и можетъ быть причиной самопротиворѣчій.

По этимъ соображеніямъ, выпуская въ свѣтъ пока первую часть „Основныхъ началъ науки уголовнаго права“, я включилъ сюда кромѣ ученія о преступленіи также отдѣлы объ уголовномъ законѣ и его примѣненіи и о наказаніи и его цѣляхъ, отведя имъ мѣсто въ началѣ настоящаго труда Если преступленіе принято опредѣлять, какъ виновное противоправное поведеніе, влекущее по закону наказаніе, то всѣ элементы этого понятія подвергнуты анализу въ настоящей первой части „Основныхъ началъ“. въ первомъ и второмъ отдѣлѣ формальные отличительные признаки: наказаніе, какъ послѣдствіе, и уголовный законъ, какъ его источникъ, въ третьемъ отдѣлѣ внутренніе признаки—вина, дѣяніе, противоправность—и модальности (формы) преступленія: покушеніе, соучастіе, единство преступленія. Начало третьяго отдѣла—первый подотдѣлъ—посвящено вступительнымъ замѣчаніямъ о сущности преступленія, его составѣ и классификаціи преступленій.

II.

Историческій очеркъ науки уголовнаго права.

I Древній періодъ. II. Средніе вѣка и начало новаго времени. III Уголовно-политическое движеніе XVIII вѣка IV. Классическая школа уголовнаго права V. Факторы обновленія науки уголовнаго права 1. пенитенціарное движеніе, 2 развитіе естествознанія и статистики. VI Уголовно-антропологическая школа VII. Соціологическое направленіе и Международный Союзъ уголовнаго права. VIII. Неоклассики, „третья школа". IX. Борьба неоклассическаго и соціологическаго направленій въ послѣднее время. X Указатель литературы

Литература, относящаяся къ исторіи науки уголовнаго права вообще. *Bar.* Handbuch des Deutschen Strafrechts I. 1882 *Chauveau* et *Hélie* Théorie du Code pénal. 1861 г v. I. *Garraud.* Traité du droit pénal français. I. 1913 г. *Gunter* Die Idee der Wiedervergeltung 1889—1895 г *Кистяковскій.* Элемент. учебникъ общаго уголовнаго права. 1891 *Фельдштейнъ* Главнѣйш. теченія въ исторіи науки угол. права въ Россіи (до 60-хъ годовъ XIX в.). 1909 г. Къ ц. I. *Loening.* Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre. I. Die Zurechnungslehre des Aristoteles 1903.—Къ ц. II. *Stintzing-Landsberg.* Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft. III 1898 *Solmi.* Alberto da Gandino e il diritto statutario nella giurisprudenza del sec. XIII. 1901. *Kantorowicz.* Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik. I 1907 *Moeller.* Iulius Clarus aus Alessandria въ издан. семинар. Белинга. H. 89. *Engelmann.* Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. 1895. *Lobe* Die allgemeinen strafrechtliche Begriffe nach Carpzow. 1894 О *Карпцовѣ* также Klee въ Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss. XVI.—Къ ц. III. *Hertz.* Voltaire und die französische Rechtspflege im XVIII Iahrhundert. 1887 *Masmonteil.* La législatation criminelle dans l'oevre de Voltaire. 1901 *Overbeck.* Das Strafrecht der Franzosischen Encyklopaedie. Liepmann. Die Rechtsphilosophie des J J. Rousseau. 1898. *Cantu.* Beccaria et il diritto penale. 1862 (франц. переводъ, съ введен. Lacointa и Delpech, 1886). *Günter.* Die Strafgesetzreform im Aufklarungszeitalter въ Archiv f. Kriminalanthropologie und Kriminalistik B. 28 (1907 г.), стр. 112 и слѣд., 225 и слѣд.—Къ ц. IV—IX см. примѣчанія.

I. Наука уголовнаго права достигаетъ полнаго расцвѣта только въ XIX вѣкѣ. Отъ древнихъ грековъ и римлянъ дошли до насъ въ сочиненіяхъ философовъ и юристовъ, посвященныхъ не уголовному праву, указанія на отдѣльныя проблеммы послѣдняго, какъ сущность наказанія, его цѣль и нѣкоторыя друг. Таковы замѣчанія, разбросанныя въ различныхъ сочиненіяхъ Платона, Аристотеля, Цицерона, Квинтиліана, Сенеки Кромѣ того отрывки, относящіеся къ практикѣ уголовнаго правосудія, изъ не дошедшихъ до насъ, повидимому, практическихъ сочиненій Павла, Ульпіана, Модестина и друг., составили *lib. 47* и *48 Digest*, такъ называемые *libri terribiles*. Къ уголовному праву относятся также имѣвшія значеніе учебныхъ пособій институцій Юстиніана книга IV и Гая кн. III.

II. Въ средніе вѣка, со времени возникновенія въ XII столѣтіи въ Италіи Болонскаго университета, libri terribiles, а также относящіяся къ уголовному праву постановленія lib. 6 и 9 Юстиніанова кодекса, затѣмъ части Corpus juris canonici: Decretum Gratiani, Decretal. Gregor. IX, Extravagant. папы Іоанна XXII, libri poenitentiales, позже статуты итальянскихъ городовъ образуютъ матеріалъ для толкованія, первоначально въ формѣ примѣчаній на поляхъ— глоссъ. При этомъ глоссаторы давали сводку прежде высказанныхъ мнѣній, присоединялись къ нимъ или критиковали, а по временамъ проводили въ толкованіяхъ и начала обычнаго права. Это *комментаторское направленіе* перенеслось и въ другія страны; оно удержалось *до середины XVIII вѣка, достигши особеннаго расцвѣта и вліянія въ XVI и XVII в. въ трудахъ Юлія Клара и Проспера Фаринація въ Италіи, Дамгудера и Антонія Маттея въ Голландіи.* Древнѣйшій дошедшій до насъ трудъ этой школы „*Libellus super maleficiis*“ *Альберта Гандина* написанъ *въ концѣ XIII в.;* первое печатное изданіе 1491 г. Глоссаторы и позднѣйшіе ихъ представители (постглоссаторы, комментаторы) не дали систематическаго изложенія уголовнаго права, но останавливались на многихъ вопросахъ общей части, напр.: непрямомъ умыслѣ, покушеніи, соучастіи, обыкновенно при изложеніи отдѣльныхъ практическихъ случаевъ того или другого преступленія.

Итальянская юриспруденція черезъ посредство нѣмецкихъ юристовъ оказала вліяніе на законодательство прежней Германской (Священной Римской) имперіи. наиболѣе важный памятникъ въ исторіи Германскаго уголовнаго права «Constitutio criminalis Carolina» (кратко *Carolina*, или C.C.C., или P. G.—Peinliche Gerichtsordnung), сборникъ уголовно-правовыхъ и уголовно-процессуальныхъ постановленій, изданный при Карлѣ V, въ 1532 г., имѣлъ своимъ образцомъ Bambergensis, кодексъ епископата Бамберга (1507 г.), составленный Шварценбергомъ подъ очевиднымъ вліяніемъ итальянскихъ юристовъ. Каролина предоставляла рѣшеніе тѣхъ спорныхъ вопросовъ, которые не регулировались этимъ законодательнымъ сборникомъ, наукѣ [1]), и, благодаря этому, комментаторы Каролины опирались и на римское право, и только позже интерпретація старается основать свои выводы на постановленіяхъ самой Carolina. Извѣстнѣйшіе представители этого также комментаторскаго направленія Берлихъ и особенно *Карпцовъ* въ XVII вѣкѣ (Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium 1635).

Труды указанныхъ въ текстѣ авторовъ Iul. Clarus. Practica criminalis (Receptarum sententiarum libri V) Prosper. Farinacius. Opera omnia criminalia. Damhouder Praxis rerum criminalium. Всѣ три второй половины XVI в. Ant. Matthaus. De criminibus ad lib. 47 et 48 Dig. commentarius. 1644 г. Behrlich. Conclusiones practicabiles (начало XVII в.) Кромѣ названныхъ въ свое время извѣстностью пользовались итальянцы Iacobius de Belloviso, Bartolus de Saxoferrato, Baldus de Ubaldis (XIV в.), Bartolomeus de Saliceto и Angelus Aretinus (XV в.), Hippolytus de Marsilis и Agidius Bossius (первая половина XVI в.), Tiraquellus (во Франціи) и Covarruvias (въ Испаніи) въ XVI в.

Труды комментаторскаго характера, примыкавшіе къ дѣйствующему праву, но вносившіе и судебныя рѣшенія, и научныя мнѣнія, и даже положенія обычнаго права, проходятъ и черезъ первую половину XVIII в. и начало второй его половины. Особенное значеніе имѣли труды Bohmer'a (Observationes ad Carpzovii Practicam 1759, Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam 1770) и Kress'a (Commentatio succincta in. C.C.C. 1721), во Франціи Jousse (Traité de la législation criminelle de France, 1771).

Въ XVIII в. появляются и первыя систематическія изложенія уголовнаго права. Въ Германіи въ 1732 г. появился и „первый, имѣющій научное значеніе учебникъ“ Бемера (такъ Liszt, 30); во Франціи систематическое изложеніе уголовнаго права принадлежитъ *Myart de Vouglans* (Institutes criminelles suivant les lois du royaume и нѣкот. др.).

III. Но одновременно съ этимъ направленіемъ, посвящавшимъ свои труды изученію положительнаго права и

---

[1]) Пріобрѣли большое значеніе заключенія (consilia) нѣкоторыхъ юридическихъ факультетовъ.

представлявшимъ только менѣе удовлетворительную, чѣмъ нынѣ, форму догматическаго изслѣдованія, въ XVIII в. возникаетъ сильное уголовно-политическое движеніе, направленное къ коренной реформѣ уголовнаго права и процесса и опиравшееся на требованія разума и гуманности и на новые политическіе идеалы. Это движеніе вышло изъ нѣдръ школы естественнаго права, проникнутой духомъ критики и проповѣдовавшей право, диктуемое разумной природой человѣка Пуффендорфъ (XVII в.), Томазій, затѣмъ Вольфъ, стараясь освободить законодательство изъ путъ теологіи и схоластики, обрушились на каноническое и римское право. Но главная заслуга принадлежитъ великимъ мыслителямъ Франціи XVIII в.: *Монтескье* (Lettres persanes, 1721, L'esprit des lois, 1748 г.), Вольтеру, Руссо и въ особенности знаменитому популяризатору идей перваго—итальянскому маркизу Чезаре *Беккаріа*, выпустившему *въ 1764 г.*, сначала безъ имени автора, книгу: *„О преступленіяхъ и наказаніяхъ“* (Dei delitti et delle pene) Это сочиненіе было вскорѣ переведено на всѣ европейскіе языки, въ томъ числѣ на русскій (въ 1803 г.), и оказало громадное вліяніе на всѣ передовые умы XVIII в. и на представителей просвѣщеннаго абсолютизма: Екатерину II („Наказъ“), Фридриха Великаго, Іосифа II австрійскаго. Сокращеніе области примѣненія смертной казни, устраненіе изъ кодексовъ суевѣрій: отмѣна преслѣдованій еретиковъ, вѣдьмъ и т. п., а также пытки; ограниченіе произвола суда—вотъ главныя требованія Беккаріи, Монтескье и другихъ представителей этого направленія. Соотвѣтствіе наказанія тяжести преступленія Монтескье разсматривалъ, какъ тріумфъ свободы: наказаніе должно диктоваться не произволомъ судьи или прихотью законодателя, а природой совершеннаго преступнаго дѣянія. Логическимъ выводомъ отсюда было установленіе абсолютно опредѣленной санкціи, лишеніе суда права выбирать мѣру наказанія даже въ предѣлахъ maximum'а и minimum'а (такъ франц. угол. кодексъ 1791 г.) и отрицательное отношеніе къ толкованію закона у представителей этого направленія и ихъ послѣдователей. Законъ долженъ быть точенъ и совершененъ; судья не можетъ измѣнять ничего ни въ составѣ преступленія, ни въ мѣрѣ наказанія. Какъ черви заводятся только въ гниломъ

ствомъ, такъ адвокаты, юристы-комментаторы возможны только при плохомъ законодательствѣ. Дошло даже до запрещенія научныхъ комментаріевъ. Но, хотя уже въ началѣ XIX в. исчезла вѣра въ совершенство законодательства, и признана была необходимость предоставить извѣстную свободу судьѣ при примѣненіи закона и опредѣленіи наказанія (относительно-опредѣленная санкція во франц. Code pénal 1810 г. и баварскомъ кодексѣ 1813 г.), тѣмъ не менѣе эта свобода долго держится въ узкихъ рамкахъ, а запрещеніе восполнять пробѣлы уголовнаго закона посредствомъ аналогіи сохранило свое значеніе и до сихъ поръ.

Изъ юристовъ конца XVIII в. слѣдуетъ отмѣтить еще имена Густера и Глобига, получившихъ премію Бернскаго экономическаго общества за трудъ „Abhandlung von der Kriminalgesetzgebung", Филанджіери (Scienza della legislazione), Гоммеля и Зонненфельса, примкнувшихъ къ уголовно-политическому направленію этой эпохи. У Зонненфельса есть уже указанія и на особую репрессію привычныхъ преступниковъ, вопросъ, сильно занявшій вниманіе науки только къ восьмидесятымъ годамъ XIX столѣтія.

IV. На рубежѣ XVIII и XIX вѣковъ появляются и первыя работы Грольмана [2]) и Фейербаха, изъ которыхъ второй имѣлъ громадное значеніе для развитія науки уголовнаго права. Изслѣдованіе основныхъ проблеммъ послѣдняго de lege lata и de lege ferenda въ стройной системѣ достигаетъ научной высоты впервые подъ перомъ *Фейербаха* (Anselm Feuerbach). въ его *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 1801 г., а также Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. 1799—1800 г.

Нѣмецкая метафизическая философія Канта и особенно Гегеля [3]) и ихъ теоріи наказанія и отвѣтственности на-

---

2) Grollmann. Grundsatze der Criminalrechtswissenschaft. 1798. Къ той же эпохѣ относятся Stubel, Almedingen и нѣкотор. другіе.

3) Kant. Kritik d. praktisch. Vernunft и Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (оба въ концѣ XVIII в.). Вліяніе Канта сказалось на Фейербахѣ. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1821 г. О Кантѣ см. Seeger. Die Strafrechtstheorien Kants и т. д. 1892. О Гегелѣ Sulz. Hegels philosophische Begründung des Strafrechts и т. д. 1910. О Фейербахѣ литературу см. Binding. Grundriss, изд. 7. стр. 40 и Liszt. Lehrbuch, 37.

лагаютъ надолго свою печать и на уголовно-правовую науку, преимущественно въ Германіи. *Школа Гегеля* нашла себѣ блестящихъ представителей въ лицѣ Кестлина, Бернера и Гельшнера (дѣятельность послѣднихъ двухъ захватила и послѣднія десятилѣтія XIX в)[4]), оказала вліяніе и на другихъ криминалистовъ (напр, А. Меркеля, у насъ Спасовича) и сохранила это вліяніе отчасти и донынѣ (Колеръ, Биркмейеръ). Эти криминалисты, а также цѣлая плеяда другихъ, менѣе крупныхъ, основывали отвѣтственность на абсолютной *свободѣ воли* индивида (индетерминизмъ)[5]), а въ наказаніи видѣли *возмездіе*, впрочемъ, понимаемое различными авторами невполнѣ одинаково. Эти положенія принимались, какъ апріорныя истины, и изъ нихъ дѣлались выводы de lege ferenda; на нихъ же базировалась система положительнаго права.

Во Франціи и Италіи это, такъ называемое, *классическое направленіе* нашло также откликъ въ трудахъ Росси, Каррара, Эли, Ортолана и друг., хотя и съ меньшимъ налетомъ метафизики и съ бо́льшимъ уклоненіемъ въ сторону практическихъ задачъ наказанія.

Классическая школа [6]) сдѣлала очень много для систе-

---

4) Kostlin. Neue Revision der Grundbegriffe d. Criminalrechts 1845. System des Deutschen Strafrechts. 1855. Berner Lehrbuch des Deutsch. Strafrechts. (впервые 1857 г., есть позднѣйшія измѣненныя изданія); русскій переводъ съ 3-го изданія съ приложеніями Неклюдова. 1863—65 г. Hälschner. Das preussische Strafrecht 1855—1868. Позднѣйш. издан. измѣнен.: Das gemeine deutsche Strafrecht. Труды другихъ, упоминаемыхъ въ текстѣ, см. ниже (указатель литературы).

5) Исключеніе составляетъ Merkel

6) Къ критикѣ классической школы см. особенно ниже указыв статьи Листа; Ferri. Sociol. crim.; Saleilles. L'individualisation de la peine. 1898. Prins. Science pénale et droit positif 1899. О значеніи классич. школы см. особенно Liepmann во введеніи къ Die Lehre von Verbrechen und Strafe von A. Merkel. 1912, также Zeit. f. d. ges. Strafrechtswis. 28: Strafrechtsreform und Schulenstreit. Makarevitsch въ томъ же журналѣ, XVIII (Classizismus und Positivismus). Wach. Kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform. 1902. Kohler въ Archiv fur Strafrecht. 1907. Merkel. Vergeltungsidee und Zweckgedanke въ Gesam. Abhandlung. 68. Для уясненія позиціи современныхъ классиковъ важны Binding. предисловъ. къ 7-му изд. его Grundriss. Allg. Th. и Kritische Beitrage (важнѣйш. указаны въ концѣ настоящ. главы); далѣе Birkmeyer. Die

мы уголовнаго права и внесла много цѣнныхъ изслѣдованій въ область ученія о преступленіи и особенной части нашей науки, иногда, впрочемъ, впадая въ излишній схематизмъ, граничащій со схоластикой. Изобиліе юридическихъ тонкостей, лишенныхъ подчасъ жизненнаго значенія, искусственно созданныхъ понятій, загромождало науку, а за ней и кодексы излишнимъ балластомъ (напр., безчисленные виды умысла, соучастія, категоріи соучастниковъ, dolus generalis, квалифицирующія обстоятельства при кражѣ и т. п.).

Но главный недостатокъ этого направленія заключается въ нежизненности ученія о наказаніи. Въ основу кладется *принципъ пропорціональности наказанія тяжести вины, но послѣдняя измѣряется тяжестью послѣдствій: важностью объекта посягательства и степенью причиненнаго ему вреда.* Къ этому приводила *идея* справедливаго воздаянія—*возмездія*, въ пониманіи корифеевъ классицизма; но того же требовала и идея психологическаго принужденія, обоснованная Фейербахомъ, и позже *идея общаго предупрежденія:* чѣмъ благо выше, тѣмъ ставка наказанія должна быть больше, чтобы создать препятствіе преступному стремленію, способное перевѣсить силу этого импульса (Фейербахъ), или же, чтобы энергичнѣе защитить болѣе цѣнныя блага. Съ другой стороны, кромѣ этихъ уголовно-политическихъ идей, *идея публично правовая*, наслѣдіе просвѣтительной эпохи, съ боязнью произвола судей, съ ревнивой охраной индивидуальной свободы, переносила центръ тяжести при опредѣленіи наказанія на законъ, а не на приговоръ, и вмѣстѣ съ тѣмъ въ основу ставила дѣяніе, въ законѣ предусмотрѣнное Важность дѣянія опредѣляла размѣръ наказанія, а она сама опредѣлялась снова цѣнностью объекта посягательства и степенью причиненнаго вреда. Этотъ кругъ идей такимъ образомъ ставилъ законодателю задачу установить *двѣ параллельныхъ скалы: одну благъ—по ихъ цѣнности* или общественной важности, *другую наказаній—по степени ихъ тяжести;* высшей ступени въ одной со-

---

Stellung des Vorentwurfs gegenuber dem Streit der Strafrechtsschulen. 1910. Hippel. Vorentwurf, Schulenstreit und Strafzwecke въ Zeit. f. d. ges. Strafr. XXX.

отвѣтствовала высшая ступень въ другой Всякій придатокъ на сторонѣ преступленія, напр : бо́льшая стоимость похищенной вещи, взломъ, влекъ увеличеніе мѣры наказанія; всякій минусъ вызывалъ пониженіе, напр., если дѣяніе не достигло результата, остановилось раньше (покушеніе, неоконченное покушеніе). Главное, если не исключительное, значеніе, имѣли объективныя послѣдствія: степень вреда; изъ субъективныхъ моментовъ выдвигались только особенно яркіе (бо́льшая наказуемость умысла сравнительно съ неосторожностью), да и то часто недостаточно (повтореніе преступнаго дѣянія—рецидивъ, иногда мотивъ преступленія). Судъ, при выборѣ наказанія, занимался какой-то математикой; въ наукѣ господствовала, по выраженію Салейля, манія формулъ Въ стремленіи сузить рамки свободы судьи, необходимо было уже въ самомъ законѣ предусмотрѣть наиболѣе типичныя особенности отдѣльныхъ преступленій, что приводило къ созданію цѣлаго ряда квалифицированныхъ (строже наказуемыхъ по закону) и привилегированныхъ (легче наказуемыхъ по закону) преступленій и такимъ образомъ къ осложненію особенной части кодексовъ; при этомъ *законъ, какъ общая формула*, все же *не могъ предусмотрѣть* всего богатства, *всего разнообразія конкретныхъ проявленій одного и того же, по законодательной терминологіи*, *преступленія* и назначить соотвѣтствующее данному случаю и пригодное для данной личности наказаніе; такая индивидуализація недоступна закону, знающему только понятія, а не преступниковъ, живыхъ людей, объектовъ кары, столь различныхъ по своимъ характерамъ. А тѣ обстоятельства, которыя по закону вліяли на тяжесть наказанія, нерѣдко имѣли случайный характеръ и далеко не всегда свидѣтельствовали о бо́льшей опасности или большей испорченности преступника. Справедливость, на которой хотѣли основать наказаніе, была слишкомъ абстрактной и, по выраженію Принса, „кончила тѣмъ, что воздвигла свой тронъ на недоступныхъ высотахъ, гдѣ засохла и завяла, превратившись въ символъ“.

V. Но жизнь властно предъявила свои требованія, напомнивъ о себѣ общимъ увеличеніемъ преступности и въ особенности *ростомъ рецидива* и оправдательными вердиктами присяжныхъ, которые нерѣдко обходили законъ, не отвѣчав-

шій чрезмѣрной строгостью наказанія конкретному преступленію или не удовлетворявшій своими практическими послѣдствіями, и слишкомъ крайними средствами проводили принципъ индивидуализаціи. Конечно, бывали и ошибки въ этихъ вердиктахъ; конечно, и ростъ рецидива объяснялся не одними несовершенствами уголовныхъ кодексовъ [7]), но было ясно, что уголовное право, выращенное въ кабинетахъ ученыхъ, окутанное туманомъ метафизики, не выдерживало суроваго дуновенія дѣйствительности. Необходимо было спуститься къ ней, покинуть небо юридическихъ понятій, окунуться въ гущу жизни и въ ней почерпать основы для уголовнаго законодательства.

Къ концу семидесятыхъ годовъ необходимость коренной реформы въ этой области ясно чувствовалась и сознавалась. Два фактора ускорили паденіе чистой юриспруденціи понятій, какъ ее окрестилъ Іерингъ, во-первыхъ и въ особенности развитіе положительнаго знанія, опытныхъ наукъ и статистики, и смѣна метафизической философіи позитивною, во вторыхъ пенитенціарное движеніе, сначала мало замѣтное, затѣмъ окрѣпшее, развивавшееся практическими дѣятелями въ области примѣненія наказанія, скопившее свой опытъ и располагавшее важнымъ для реформы матеріаломъ приблизительно къ концу третьей четверти XIX вѣка.

1. Уже въ концѣ XVIII вѣка вопросъ о практической организаціи наказанія занималъ умы въ особенности въ Англіи и въ только что образовавшихся Соединенныхъ Штатахъ С Америки. Съ уменьшеніемъ случаевъ, караемыхъ смертной казнью, и съ отмѣной членовредительныхъ, а позже и тѣлесныхъ наказаній, во всемъ цивилизованномъ мірѣ важнѣйшимъ и наиболѣе частымъ карательнымъ средствомъ должно было стать лишеніе свободы въ формѣ ссылки и различныхъ видовъ тюремнаго заключенія. Въ концѣ XVIII в. и началѣ XIX в. вопросы тюремной организаціи были затронуты Іереміей Бентамомъ (Théorie des peines

7) Ср. R. Schmidt. Aufgaben der Strafrechtspflege, 125.

et des recompenses. 1818) и Джономъ Говардомъ. Сочиненіе послѣдняго: „Состояніе тюремъ въ Англіи и Уэльсѣ“ (1777 г., на англійскомъ языкѣ) пользовалось вполнѣ заслуженной популярностью. Оба писателя стремились къ раціональной и болѣе гуманной постановкѣ наказанія тюрьмой. Практическая мысль англо-саксовъ (сначала въ С Америкѣ) направилась къ осуществленію въ тюрьмахъ (пенитенціаріяхъ) мѣропріятій, имѣвшихъ цѣлью воздѣйствіе на личность преступника посредствомъ исправленія Та же идея въ нѣсколько иной формѣ (приспособленіе къ условіямъ жизни на свободѣ) нашла себѣ проявленіе и въ англійской ссылкѣ въ Австралію. Уже въ началѣ XIX в. здѣсь зарождается институтъ условнаго досрочнаго освобожденія отбывавшихъ наказаніе, поощрявшій къ труду и хорошему поведенію. Здѣсь же и въ пенитенціаріяхъ практика примѣненія наказанія натолкнулась на необходимость дѣлать различія между худшими и лучшими характерами преступниковъ, проводить извѣстную классификацію въ періодѣ отбытія наказанія и воздѣйствовать на различные классы различными мѣрами, съ цѣлью достиженія болѣе благопріятныхъ результатовъ. Такимъ образомъ *практика старалась, насколько возможно, индивидуализировать наказаніе и исправить недостатки законодательства.* Въ этомъ отношеніи важны данныя англійскихъ анкетныхъ коммиссій по обслѣдованію сравнительныхъ достоинствъ ссылки и тюрьмы, отчеты делегатовъ, посланныхъ въ Соединенные Штаты правительствами важнѣйшихъ западно-европейскихъ державъ для изученія организаціи пенитенціаріевъ, и возникшіе въ связи съ этимъ *въ концѣ сороковыхъ годовъ XIX в. тюремные конгрессы*, не получившіе впрочемъ дальнѣйшаго развитія до семидесятыхъ годовъ. На этой почвѣ появились и труды по тюрьмовѣдѣнію, рѣзко отличавшіеся своимъ эмпирическимъ характеромъ отъ остальной уголовно-правовой литературы и чуждые апріорныхъ положеній и метафизики. Наиболѣе извѣстныя имена этого направленія *Моро-Кристофъ, Беранже, Бонвиль де Марсанжи, Дюкпесьё, Миттермайеръ и Гольцендорфъ.* Въ концѣ шестидесятыхъ годовъ защитникомъ принципа индивидуализаціи наказанія, въ работѣ подъ этимъ заглавіемъ, вы-

ступилъ австрійскій криминалистъ *Вальбергъ* [8]). *Съ 1872* возобновляются международные *пенитенціарные конгрессы* [9]) (въ Лондонѣ), повторяющіеся затѣмъ каждые нѣсколько лѣтъ, и на второмъ конгрессѣ (въ Стокгольмѣ, 1878 г.) тотъ же Вальбергъ дѣлаетъ знаменитый докладъ „О способахъ борьбы съ рецидивомъ", въ которомъ настаиваетъ на коренномъ разграниченіи случайной и привычной преступности и наказаній для этихъ категорій, чѣмъ намѣчается путь уголовной политики новѣйшаго времени.

2. Къ семидесятымъ годамъ истекшаго столѣтія развитіе естественныхъ наукъ и статистики расшатали зданіе метафизической философіи и устои классической школы уголовнаго права. свободу воли и возмездіе. Статистики (Кетле, Герри, Эттингенъ и др.) [10]) выяснили зависимость движенія преступности отъ общественныхъ условій — неурожаевъ, бѣдности, развитія городской жизни съ ея соблазнами, и т. п., а также отъ космическихъ, напр.: связь сексуальныхъ

---

8) Wahlberg. Der Princip der Individualisierung См. его же „Das Mass und der mittlere Mensch im Strafrecht въ Grunh. Zeit. V, 468. О значеніи Вальберга, какъ предтечи новаго направленія, Чубинскій Статьи и рѣчи. 1906, 183 и слѣд. и въ моей статьѣ Професс. и привычн. прест., Ж. М. Ю. 1904 г. сентябрь.

9) Труды пенитенц. конгрессовъ печатаются въ Actes des Congrès pénitentiaires; о двухъ послѣднихъ конгрессахъ—въ Будапештѣ и Вашингтонѣ—см. Люблинскій. Международ. съѣзды по вопросамъ угол. права, 1915 г.

10) Первые труды по статистикѣ, принадлежащіе Кетле и Герри, появились еще въ 30-хъ годахъ XIX в. Guerry-Essai sur la statistique morale de la France—въ 1833 г, Quetlet—Sur l'homme et le développement de ses facultés— въ 1836 г Труды Эттингена (Oettingen. Moralstatistik) и Вагнера (Die Gesetzmässigkeit im den scheinbar willkürlichen menschlichen Handlungen) относятся къ 60-мъ годамъ. Къ той же эпохѣ относятся „Уголовно-статистическіе этюды" Неклюдова (1865 г.) и „Вліяніе временъ года на распредѣленіе преступленій" Фойницкаго (1873 г., нынѣ Фойницкій. На досугѣ т. I, 261 и слѣд.). О статистикахъ см. еще у Ванъ-Канъ Экономич. факторы преступности (русск. перев. подъ редакц. проф. Познышева, 1915 г.). Статистическія данныя о преступности въ Россіи за послѣдніе годы помѣщались въ Жур. Мин. Юстиц въ обработкѣ Тарновскаго. Его же „Итоги русск. угол. статистики". 1899. О значеніи статистики для ученія объ обществѣ Mayer. Statistik und Gesellschaftslehre въ Handbuch Marquardsen'a für öffentlich. Recht.

преступленій съ климатомъ; антропологія установила вліяніе расы, наслѣдственности, дегенераціи и т. п. Первое время впали въ преувеличенія: стерли самостоятельность личности, превратили ее въ слѣпое игралище силъ, надъ которыми она не властна. Понятія вины, отвѣтственности и возмездія должны были, при такомъ крайнемъ детерминистическомъ воззрѣніи, утратить свой смыслъ. Наказаніе можно было признавать только, какъ мѣру защиты общества противъ опасныхъ или вредныхъ его элементовъ, мѣру одной категоріи съ тѣми, которыя принимаются противъ стихійныхъ силъ. Да и все право должно было получить иной смыслъ: не велѣній, обращенныхъ къ населенію, которое оказывалось неспособнымъ имъ слѣдовать, а инструкцій органамъ государства, указывающихъ способъ борьбы съ вредными явленіями. Конечно, стиралась грань между нормальной личностью и сумасшедшимъ: дѣянія обоихъ оказывались продуктомъ силъ, съ необходимостью толкавшихъ къ преступленію [11]).

VI. Эти преувеличенія выразились съ особенной яркостью въ трудахъ т. наз. итальянской антропологической школы уголовнаго права и нѣкоторыхъ психіаторовъ [12]); среди послѣднихъ и нынѣ есть защитники этого крайняго направленія.

Основатель уголовно-антропологической школы—профессоръ медицины въ Туринѣ Чезаре Ломброзо, выпустившій

---

11) О преувеличеніяхъ статистиковъ и матеріалистовъ см. прил. I. Неклюдова къ переводу Учебника Бернера. 1865. 81—88 стр. Binding. Normen, 1877. т. II, § 32. Таганцевъ, I, 399—400. См. также ниже главу VI.

12) Изъ психіаторовъ періода, предшествующаго Ломброзо, слѣдуетъ отмѣтить Эскироля, Мореля, Далли, которые признавали преступность продуктомъ психической ненормальности и вырожденія (Морель); изъ послѣдующаго періода—Dallemagne (объясняетъ преступность вырожденіемъ); Benedikt (нравственной и умственной неврастеніей) и нѣкот друг. См. Ванъ-Канъ. Эконом. факт. 191 и слѣд. и мою статью Ж. М. Ю. 1904 г. сент., 20. О прирожденности преступнаго влеченія говорили уже Галль, Карусъ, Арамберъ, пытавшіеся распознать преступность по буграмъ и впадинамъ черепа, по измѣренію головы, по строенію туловища и лица, затѣмъ—Данквартъ. См. объ этихъ попыткахъ между 20-ми и 60 г г. XIX в. у Неклюдова—прилож. къ Учебн. Бернера, 56 и слѣд.

въ 1876 г. сенсаціонную книгу подъ заглавіемъ: „П ный человѣкъ“ (L'huomo delinquente) и нашедшій первое время много послѣдователей, преимущественно въ Италіи, изъ которыхъ особенной извѣстностью пользуются Гарофало и Ферри [13]), послѣдній, впрочемъ, съ значительнымъ уклоненіемъ въ сторону соціологическаго направленія. Въ Россіи къ ученію антропологовъ примкнули покойный проф. Дриль [14]) и нѣкоторые психіаторы [15]). Въ настоящее время это ученіе почти не имѣетъ сторонниковъ среди серіозныхъ ученыхъ; даже вожди школы Гарофало и Ферри, у насъ Дриль отказались отъ многихъ ея положеній, но она оставила замѣтный слѣдъ на развитіи науки уголовнаго права, давши энергичный толчокъ послѣдней, сдвинувъ ее съ той, если не мертвой, то все-же мало продуктивной точки, на которой она готова была остановиться.

Сущность уголовно-антропологическаго ученія сводится въ общихъ чертахъ къ слѣдующему: существуетъ *типъ прирожденнаго преступника*; это особая разновидность человѣческаго

---

13) Важнѣйшій трудъ Garofalo—Criminologia (франц. перев. Criminologie. 1891 г.), Ferri—I nuovi horizzonti del diritto e della procedura penale 1881; 3-е изд. на франц. языкѣ, въ переводѣ самого автора: „La sociologie criminelle“. 1893 г., новѣйш. франц. изд. 1905 г.; есть рус. пер. Изъ друг представит. школы заслуживаетъ вниманія Marro. I caratteri dei delinquenti. 1887. Объ антрополог. школѣ см. еще Вульфертъ Антропологопозитивная школа угол. права въ Италіи. т. 1 и 2 (1887 и 1893 г.г.). Tarde. La philosophie pénale. 1892 г. (русск. переводъ 2-хъ главъ отсюда 1906 г.: Тардъ. Преступникъ и преступленіе). Tarde. La criminalité comparée. 1886 (рус. перев. 1907) Lucchini. I simplicisti (франц. перев. „Le droit pénal et les nouvelles théories. 1892“). Закревскій. Объ ученіяхъ угол.-антроп. школы. 1893. Спасовичъ въ В. Евр. (1891 г. кн. 10 „Новыя направленія“). Сергѣевскій въ Юр. В. 1892. февр. Чубинскій. Статьи и рѣчи. 1906. I, 61. Proal. Le crime et la peine. 1899. Van-Can. Les causes économiques de la criminalité. Desjardins. La méthode experimentale appliquée au droit pénal en Italie. 1892. Laurent. L'anthropologie criminelle et les nouvelles théories du crime. 1891.; есть русск. перев.). Ettinger. Verbrecherproblem in antrop. und sociolog. Beleuchtung. 1909.

14) Малолѣтніе преступники. 1884—1888. Психофизическіе типы въ ихъ отношеніи съ преступностью и ея разновидностями. 1890. Преступность и преступники 1895 г. Ученіе о преступности и мѣрахъ борьбы съ нею. 1912.

15) Напр.: Чижъ, Баженовъ.

рода. Надѣленный особыми стигматами, или антропологическими клеймами: аномаліями и асиметріей черепа, своеобразной физіономіей, особенными психическими чертами, такой человѣкъ самой природой предназначенъ къ совершенію преступныхъ дѣяній; *преступность есть прирожденное, стихійное стремленіе*, и обществу остается не наказывать, не разсуждать о винѣ или справедливомъ возмездіи, а прибѣгнуть къ рѣшительнымъ *мѣрамъ соціальной защиты*: примѣнять смертную казнь, пожизненное заключеніе въ тюрьмѣ или домѣ для умалишенныхъ (manicomio criminale), высылку къ дикимъ или на необитаемые острова, кастрированье, чтобы воспрепятствовать размноженію этой опасной разновидности. Нѣтъ надобности въ юридическихъ тонкостяхъ, въ точной обрисовкѣ отдѣльныхъ видовъ преступленій; нѣтъ надобности даже выжидать совершенія послѣднихъ, когда преступная личность познается по упомянутымъ признакамъ; если это не преступникъ, то будущій, возможный преступникъ-криминалоидъ. Объясненія преступнаго типа предлагались разныя даже самимъ Ломброзо въ различныхъ изданіяхъ его книги и въ другихъ работахъ: въ преступникѣ видѣли то возрожденіе отдаленнаго предка современнаго человѣка (атавизмъ), дикаря, то нравственно помѣшаннаго (pazzo morale), то одержимаго особымъ неврозомъ (Ферри), то эпилептика, хотя эти объясненія, иногда предлагаемыя совмѣстно (Ломброзо), противорѣчили другъ другу: такъ, помѣшательство и невростенія болѣзни, не свойственныя первобытному человѣку, а развивающіяся съ ростомъ культуры. Прирожденное и атавистическое стремленіе къ преступленію противорѣчитъ измѣняемости формъ преступности во времени и пространствѣ, факту существованія такихъ преступленій, которыя не были извѣстны прежде и стремленіе къ которымъ не могло возникнуть въ первобытномъ человѣкѣ, чтобы затѣмъ воскреснуть въ современномъ; таковы, напр.: подлоги, поддѣлка монеты, ростовщичество, преступленія печати. Сами *стигматы,* приписываемые прирожденному преступнику, напр.: косоглазіе, амбидекстризмъ, прогнатизмъ (выдающійся лицевой уголъ), выдающіяся скулы, черепная ямка, изъ психическихъ—нечувствительность къ боли, отсутствіе состраданія, склонность къ та-

туировкѣ, къ циничной литературѣ, воровской языкъ (арго)— *оказались почерпнутыми изъ недостаточнаго количества наблюденій*, произведенныхъ слишкомъ поспѣшно, безъ надлежащей осторожности въ выводахъ и *при помощи сомнительныхъ научныхъ пріемовъ* [16]). Стигматовъ не хватало у большинства преступниковъ (у 60%), зато они встрѣчались у людей съ незапятнанной репутаціей и столь почтенныхъ, что и пылкая фантазія не могла бы усмотрѣть въ нихъ криминалоидовъ. Нѣкоторые изъ указан. стигматовъ были присущи вообще населенію той мѣстности, изъ которой происходили изслѣдуемые преступники, были признаками подвида расы, или же были распространены въ той средѣ, къ которой принадлежалъ преступникъ (напр. среди матросовъ татуировка), другія особенности объяснялись или также принадлежностью къ извѣстной средѣ (напр.: грубость, цинизмъ), или же были результатомъ бурнаго прошлаго и преступной карьеры. Если и можно говорить о типѣ преступника, то лишь преступника-профессіоналиста, бывалаго гостя тюрьмы, *о типѣ соціальномъ*, но не антропологическомъ.

Хотя антропологическая школа встрѣтила уже вскорѣ рѣзкую и основательную критику (особенно Тарда и Луккини), а на Парижскомъ антропологическомъ конгрессѣ 1889 г. потерпѣла рѣшительное пораженіе, однако ей принадлежитъ не только та заслуга, что она *вскрыла дефекты абстрактной юриспруденціи* классическаго направленія, хотя и съ сильными преувеличеніями, и призвала къ радикальной реформѣ уголовнаго законодательства на началахъ цѣлесообразной постановки дѣла репрессіи, опять-таки впавши въ односторонность и выдвинувши только цѣль обезвреженья общества (элиминаціи преступниковъ); еще болѣе важная заслуга заключается въ томъ, что *антропологи* рѣзко *подчеркнули значеніе личнаго, біологическаго фактора преступности*: наслѣдственности, темперамента и т. п. и создали противовѣсъ увлеченію статистиковъ и соціологовъ, придававшихъ исключительное значеніе общественнымъ (и космическимъ)

---

16) Зерновъ. Критическій очеркъ анатомич. основаній теоріи Ломброзо. 1896. Baehr. Der Verbrecher in anthropologischen Beziehung. 1893. см. также труды Тарда и Луккини и др. въ предыд. примѣч.

условіямъ, соціальному фактору, превращая человѣка въ его слѣпое орудіе. Только признавая взаимодѣйствіе обоихъ факторовъ, безконечное разнообразіе ихъ сочетаній, можно объяснить различіе характеровъ лицъ, происходящихъ отъ однихъ родителей или выросшихъ въ одинаковыхъ соціальныхъ условіяхъ, и можно принимать мѣры двоякаго рода для уменьшенія преступности однѣ, направленныя на ослабленіе вліянія общественныхъ условій (соціальная политика), другія—на ослабленіе преступныхъ свойствъ личности, которыя допускаютъ возможность воздѣйствія и измѣненія и не имѣютъ непремѣнно фатальнаго характера (уголовная политика).

VII. Идея антропологической школы о значеніи біологическаго фактора, сочетаніе ея съ идеей могучаго вліянія соціальнаго фактора и въ нѣкоторой степени космическаго, признаніе возможности измѣненія преступныхъ свойствъ личности цѣлесообразной организаціей репрессіи, въ формѣ наказанія или же еще въ формѣ мѣръ соціальной защиты, характеризуютъ *соціологическое направленіе* [17])

Выразителемъ его былъ до сихъ поръ Международный Союзъ уголовнаго права, основанный въ 1889 г. Листомъ, Принсомъ и Ванъ-Гамелемъ, имѣвшій уже 12 конгрессовъ, насчитывающій множество членовъ во всемъ цивилизованномъ мірѣ и распадающійся на національныя группы [18]).

Въ Россіи во главѣ такой группы Международнаго Союза стоялъ долгое время проф. Фойницкій, нынѣ стоитъ В. Д. Набоковъ, во Франціи проф. Гарсонъ. Труды конгрессовъ издаются подъ заглавіемъ: „Bulletin de l'Union internationale de droit pénal“ (и по-нѣмецки Mittheilungen der Internat. Criminalistisch. Vereinigung). Важнымъ органомъ этого направленія служитъ основанный Листомъ „Журналъ уголовныхъ знаній“, какъ можно передать смыслъ словъ: „Zeitschrift fur die gesamte

17) Въ Италіи оно иногда называется позитивнымъ, во Франціи—Ліонской школой. Представители ея Лакассань, Тардъ, Гарро. См. ниже примѣч. 19 Выраженіе взглядовъ Лакассаня, высказанныхъ имъ въ многочисленныхъ статьяхъ и рѣчахъ на конгрессахъ уголовной антропологіи, см въ предисловіи къ Laurent. Les habitués des prisons de Paris. 1891.

18) Итоги дѣятельности этихъ конгрессовъ см. у Kitzinger. Die Internationale Kriminalistische Vereinigung. 1905 г. и у Люблинскаго Международн. Съѣзды по вопросамъ угол. права за 10 лѣтъ (1905—1915).

Strafrechtswissenschaft", удѣляющій много мѣста не только юридическимъ вопросамъ, но и проблеммамъ уголовной соціологіи, пенологіи, этіологіи преступленія, иногда и антропологіи.

Международный Союзъ уголовнаго права преслѣдуетъ цѣль реформы уголовнаго законодательства на почвѣ изученія причинъ преступленія и дѣйствія на преступниковъ наказанія и другихъ мѣръ борьбы съ преступностью. *Идея возмездія, индетерминизмъ и система пропорціональности наказанія цѣнности объекта преступленія, обиліе квалифицирующихъ или же привилегирующихъ обстоятельствъ и стѣсненіе свободы судьи въ выборѣ наказанія не пользуются кредитомъ среди криминалистовъ соціологическаго направленія. Оно особенно выдвигаетъ необходимость классификаціи преступниковъ и цѣль спеціальнаго предупрежденія въ наказаніи*[19]).

VIII. *Въ этомъ* заключается его существенное отличіе отъ взглядовъ современныхъ сторонниковъ классическаго направленія· *неоклассиковъ*, группирующихся главнымъ образомъ въ Германіи, вокругъ *Биндинга и Биркмейера*. Эта группа довольно

19) Для характеристики соціологическаго направленія, кромѣ упомянутыхъ „Bulletin" и трудовъ Китцингера и Люблинскаго, богатый матеріалъ даютъ „Sociolog. crim." Ферри и особенно многочисленные статьи, рѣчи и доклады Листа въ его „Aufsatze und Vorträge" (2 т., кончая 1905 г; сюда не вошли его позднѣйшія работы), изъ нихъ програмныя Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882) и Kriminalpolitische Aufgaben (1889 — 1892). Важнѣйшія изслѣдованія соціологическаго характера: Гернетъ. Соціальные факторы преступности 1906. Чубинскій Курсъ угол. политики. 1912. Фойницкій. Женщина и преступность (На досугѣ, т. III). Гогель. Курсъ угол. политики въ связи съ угол. соціологіей. 1910. Лоранъ. Тюремный міръ (перев. съ франц.). Русск. группа Межд. Союза Крим. Ferri. Sociologia criminale (русск. перев. 1912 г. съ предисл. проф. Познышева). Prins. La criminalité et l' état social. 1890. Tarde, соч. ук. въ прим 13. Garraud. Le problème de la criminalité 1889 Работы Joly: Le crime, La France criminelle, Le combat contre le crime. Raoul de la Grasserie Les principes sociologiques de la criminologie. 1901. Van-Can указ. соч. (русск. перев.). Bonger. Criminalité et conditions économiques. 1905. Maxwell. Le crime et la societé. 1909. Le concept social du crime. 1914. Lanessan. La lutte contre le crime. 1910 Colojanni. La sociologia criminale. 1889. Liszt. Das Verbrechen als socialpathologische Erscheinung. 1898. Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität. 1902 г. (нынѣ въ Aufsatze Листа, т. II). Aschaffenburg. Das Verbrechen und seine Bekampfung. 1903 См. еще литерат. указан. (о нѣмецк. работахъ) Liszt. Lehrbuch. 1914. стр. 75, примѣч. внизу, о русск. Пусторослевъ. Русск. Угол. пр. изд. 2 (1912); 23, пр. 1.

значительна, хотя ея адепты не въ одинаковой мѣрѣ придерживаются завѣтовъ классицизма въ нашей наукѣ. Въ нѣдрахъ соціологическаго направленія также есть уклоненія отъ выше изложенной краткой программы или же различія въ степени проведенія ея. Одно крыло этого лагеря сближается съ антропологами, если не въ основаніяхъ, то въ практическихъ пожеланіяхъ, игнорируя значеніе блага—объекта преступленія—для наказанія, или же стирая грань между вмѣняемыми и невмѣняемыми и замѣняя вину опаснымъ состояніемъ личности (такъ по временамъ не всегда устойчивый во взглядахъ Листъ, далѣе Принсъ, Ванъ-Гамель, Флоріанъ, Гриспиньи и др ; психіаторы Ашаффенбургъ, Крепелинъ и др.) Другое крыло приближается къ неоклассикамъ, признавая, хотя и въ меньшей мѣрѣ или въ иномъ смыслѣ, принципъ возмездія, больше считаясь съ цѣнностью благъ и объективными моментами, выдвигая цѣль общаго предупрежденія, но въ то же время стоя на почвѣ детерминизма, расширяя власть судьи, допуская пожертвованіе возмездіемъ для достиженія цѣлей спеціальнаго предупрежденія.

Это направленіе соединительнаго характера, стоящее за компромиссъ крайнихъ выводовъ, получило въ Италіи названіе *третьей школы*[20]).

Особенно замѣтные криминалисты этой школы Алимена въ Италіи, Гарсонъ и Гарро во Франціи, Гиппель, Франкъ, Линманъ, Леффлеръ, Ламмашъ въ Германіи и Австріи, Торпъ въ Даніи, Тиренъ въ Швеціи. Сюда же можно отнести Набокова, Таганцева, профессоровъ Познышева (послѣдній впрочемъ относитъ свое направленіе къ этико-соціологическому, а третью школу къ классицизму), Мокринскаго, Лю-

20) См. о ней Carnevale. Una terza scuola di diritto penale in Italia, въ Rivista di discipline carcerarie. 1891. Alimena. La scuola critica e diritto penale. 1894. Rosenfeld въ Mittheil. d. I. K. V. IV (1894 г.) Gautier въ Zeitschr. f. Schweiz. Strafrecht. 1892. Van Can. Les causes économiques, 133. Отнесеніе представителей этой школы къ классикамъ на томъ только основаніи, что они считаютъ науку уголовнаго права самостоятельной и отдѣльной отъ уголовной соціологіи юридич. наукой (такъ Познышевъ—Осн. нач., 15), неправильно: въ классики попали бы и Листъ, и Гарро, и Принсъ и даже Флоріанъ (см. выше пр. 33 на стр. 12). Скорѣе правъ Ванъ-Канъ, видя въ третьей школѣ оттѣнокъ соціологическаго направленія—Ліонской (умѣренной) школы. Послѣднія измѣненія во взглядахъ Листа еще болѣе сглаживаютъ различія 3-ей школы и соціологической.

блинскаго, Пусторослева. Къ соціологическому направленію принадлежатъ Піонтковскій, Гернетъ, Чубинскій. Къ умѣреннымъ неоклассикамъ можно отнести проф Жижиленко.

Нѣкоторыя положенія, защищаемыя соціологическимъ направленіемъ, принимаются и классиками, напр.: условное досрочное освобожденіе, усиленіе репрессіи рецидивистовъ, часть мѣръ соціальной защиты. Многіе пункты программы реформъ спорны и въ соціологическомъ лагерѣ, напр.: понятіе уменьшенной вмѣняемости, признаки классификаціи преступниковъ, неопредѣленные приговоры, самостоятельность мѣръ соціальной защиты по отношенію къ наказанію и особенно значеніе такъ назыв опаснаго состоянія (état dangereux)

IX. Антагонизмъ неоклассическаго и соціологическаго направленій, нѣсколько ослабѣвшій къ началу XX в., вспыхнулъ съ новой силой въ концѣ перваго его десятилѣтія, въ связи съ появленіемъ новыхъ проектовъ уголовныхъ кодексовъ для Швейцаріи, Германіи, Австріи; а затѣмъ также Даніи и Сербіи. Эти проекты, реформируя дѣйствующее право въ духѣ соціологическаго направленія умѣреннаго оттѣнка, вызвали энергичные нападки Биркмейера въ цѣломъ рядѣ статей, а также базельскаго проф. Наглера, предпринявшихъ изданіе „Kritische Beitrage zur Strafrechtsreform", въ которомъ участвуютъ и другіе неоклассики. Этюды ихъ выходятъ въ свѣтъ періодически, но не въ одинаковые промежутки времени [21]).

Попытка истолкованія нововведеній, вносимыхъ проектами, въ духѣ крайняго теченія соціологической школы принадлежитъ итальянскому криминалисту Гриспиньи въ талантливой статьѣ „Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Swizzera, Germania ed Austria" (Milano. 1811), гдѣ авторъ намѣчаетъ и путь, по которому должно пойти уголовное право, будущаго [22]). Интересъ въ отношеніи будущаго уго-

21) Важнѣйшіе изъ нихъ. VII. Birkmeyer Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht: „Nicht die That, sondern der Thäter ist zu bestrafen". 1909. XIV. Nagler. Verbrechenprophylaxe und Strafrecht. 1911. II. Hoegel. Die Eintheilung der Verbrecher in Klassen. 1908. I. Beling. Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht. 1908. XIII. Rohland. Die soziologische Strafrechtslehre. 1911. XV. Rich. Schmidt. Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung. 1912. IX. Allfeld. Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung. 1909. См. еще полемическую брошюру Биркмейера „Was lasst v. Liszt von der Strafe übrig ?" (1907) и отвѣтъ Торра „Birkmeyer contra Liszt" въ Zeit. f. d. gesam. Strafrechtswis 28 т., 321 стр. и Биркмейера „Die Stellung d. Vorentwurfes gegenüber dem Streit der Strafrechtsschulen". 1910.

22) См. объ этомъ мою статью: „Наказаніе и мѣры соціальной защиты въ связи съ сущностью вины", Жур. Мин. Юст 1916 г.

ловнаго права, какъ оно представляется сторонникамъ соціологич. направленія, представляетъ составленный профессорами Калемъ (Kahl), Листомъ, Лиліенталемъ и Гольдшмидтомъ „Контръ-проектъ“ съ мотивами (Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutsch. Strafgesetzbuchs. 1911 г. и Begrundung zum Gegenentwurf).

X. Въ заключеніе настоящаго очерка укажемъ наиболѣе важные курсы и труды общаго характера, относящіеся къ основнымъ началамъ нашей науки; монографіи, относящіяся къ отдѣльнымъ вопросамъ, указываются въ соотвѣтствующей главѣ.

Курсы и учебники: Таганцевъ. Русское уголовное право. Часть общая. 1902. Сергѣевскій. Русское уголовное право. Ч. общая. 1905 г. Познышевъ. Основныя начала науки уголовнаго права. 1912 Пусторослевъ. Русское уголовное право. Общ. ч. 1907 и 1912 г. Есиповъ. Очеркъ русск. угол. права 1904. Піонтковскій. Уголовное право. Ч. общ (пока неокончен.). 1913. Изъ болѣе старыхъ сохранили значеніе „Элементарный учебникъ общаго уголовнаго права“ Кистяковскаго (2-е изд. 1882 г., третье безъ перемѣнъ 1891 г.) и Учебн. угол. права Спасовича (1863). Liszt. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1914 (20-е изд.) Hugo Meyer. Lehrbuch d. Deutsch. Strafrechts. 1912, съ измѣненіями, внесенными его ученикомъ Алльфельдомъ, начиная съ 6 изданія. (Сокращ. Meyer-Allfeld). Merkel-Liepmann. Die Lehre von Verbrechen und Strafe. 1912 (сводка и обработка взглядовъ А. Меркеля, высказанныхъ имъ въ различныхъ трудахъ, и развитіе на этой основѣ „Lehrbuch“ послѣдняго). Stoos. Lehrbuch des oesterreichischen Strafrechts. 1912. Binding. Handbuch des Strafrechts. I. 1885 (Сокращ. Binding. I). Binding. Grundriss d Deutsch. Strafrechts. Allgem. Theil. 1907 г., изд. 7-е. (Сокращ. Binding.). Bar. Handbuch d. Deutsch. Strafrechts. I. 1882 г. (Исторія и теоріи наказанія; сокращ. Bar.) Finger. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1904. Kohler. Leitfaden d. Deut. Strafr. 1912. Beling. Grundzüge d. Strafr. 1912. Ianka (съ дополнен. Kallina). Das oester. Strafrecht. 1902. Lammasch. Grundriss d. Strafrechts. 1906. Garraud Traité du droit pénal français. 6 томовъ. 1-й т. въ 3-емъ изд. 1913 г. Garraud. Précis de droit criminel. 1908. Vidal. Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. 1910 (4 изд.). Ortolan. Eléments du droit pénal. 1886. (5 изд.). Prins. Science pénale et droit positif (бельгійск. законод.). 1899. Haus. Les principes generaux de droit pénal. belge 1874. Alimena. Principii di diritto penale. 1910. Florian. Trattato di diritto penale. V. I. parte 1. 1910 г. (изд. 2). Manzini. Trattato di diritto penale Italiano. 1908 (нов. изд. 1915 г.) Harris Principles of the criminal law. 1908. Stephen. A Digest of the Criminal Law. 1904. Wharton. A Treatise on Criminal Law. 1896. Bishop. Commentaries on the crim. Law. 1882 г. *Комментаріи:* къ французскому кодексу Garçon. Code pénal annoté. 1901—1906 г., изъ старыхъ Chauveau et Hélie. Théorie du Code pénal. 1861. (изд. 4-е), оба съ научнымъ освѣщен.; къ германскому кодексу Olshausen. Kommentar zum Strafgesetzbuch и т. д. 1909. и особенно R. Frank. Das Strafgesetzbuch fur das Deut. Reich. 1912 г. (8—10 изд.), удивительный по сжатости и полнотѣ изложенія,

съ обильнымъ научнымъ аппаратомъ; къ русскому Уложен. о нак., Уставу о нак. и Угол. Улож. 1903 г. изд. Н. С Таганцева, подъ соотвѣтствующими заглавіями, содержатъ систематическую сводку сенатскихъ рѣшеній.

Труды общаго характера первое мѣсто по богатству матеріала занимаетъ „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts", коллективный подготовительный трудъ—нѣмецкихъ криминалистовъ разныхъ направленій—для реформы уголовнаго права Къ общей части относятся 6 томовъ, нумерація томовъ особ части съ 1-го (Сокращ. V. D.—общ часть и V. D. B. Th.—особ часть). 1908 г Другой коллективный трудъ—Reform des Reichsstrafgesetzbuchs (критическ. статьи по вопросамъ, разрѣшеннымъ предв. проектомъ.) 1910 Сокращ. Reform, I (общ. часть). Изъ старыхъ также коллективный трудъ Holtzendorfs Handbuch d. deutsch. Strafrechts in Einzelbeitragen. 1871—1877. Далѣе. Bar. Gesetz und Schuld im Strafrecht. Томы I—III 1906—1909 г (Сокращ. Bar. I, стр.), содержитъ учен объ угол. законѣ и о преступленіи. Liepmann. Einleitung in das Strafrecht. 1900 г. Beling Die Lehre vom Verbrechen. 1906 (Сокращ. Verbrechen). Kohler. Studien aus dem Strafrecht. I. 1890. Merkel. Gesammelte Abhandlungen. II. 1899. (Сокр. Ges. Abh.). Binding. Die Normen und ihre Uebertretung, т. I. 1872 и 2-е изд. 1890 г.; т. II, 1877 г. Фойницкій. Ученіе о наказаніи въ связи съ тюрьмовѣдѣньемъ. 1889. Мокринскій. Наказаніе, его цѣли и предположенія. т. I и II. 1902 и 1906 г. Жижиленко Наказаніе. 1914. Познышевъ Основные вопросы ученія о наказаніи. 1904.

Журналы: у насъ—Журналъ Минист. Юстиц. (Ж М. Ю.). Юридическій Вѣстникъ (Юр. В.). Тюремный Вѣстникъ (Т. В.). Вопросы права (Вопр. пр.). „Право". Изъ прежде существовавшихъ Журналъ Уголовн права и процесса (Ж. Уг.). Журналъ Юридич. Общества (Ж. Юр. Об.) Журналъ Гражданск. и Угол. права (Ж. Гр). Юридическая Лѣтопись (Юр. Л.). Вѣстникъ права (В. пр.). Въ Германіи, Австріи и Швейцаріи—Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft. (Z.) Monatschrift fur Criminalpsychologie (M. Crps.), издав. Ашаффенбургомъ. Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht (Oest Z.), издав. Леффлеромъ. Zeitschrift fur Schweizer. Strafrecht. (Schw. Z); далѣе Archiv für Strafrecht, начат. Гольдтаммеромъ (G. A.) Gerichtssaal. (GS). Archiv f. Kriminalanthropologie und Kriminalistik, изд. Гроссомъ. Во Франціи Revue pénitentiaire, Archives d'anthropologie criminelle, Revue critique de législation et de jurisprudence. Въ Италіи· Rivista penale, Scuola positiva, Archivio di psichiatria, scienze penali e anthropologia criminale.

Указанные здѣсь труды цитируются въ дальнѣйшемъ обозначеніемъ только имени автора или же сокращенно, какъ указано выше въ скобкахъ. Другія принятыя сокращенія: Рѣш. —рѣшеніе Угол. Кассац. Деп. Сената, Cassat.—рѣшен. франц. Cour de Cassation, R.—Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, Ent. — Entscheidungen того же суда; Entwurf съ добавленіемъ D., Oest., Sch.—проектъ германск., австр. правит., швейцарск.; GE —Gegenentwurf; M. C. (J. K. V.) —Междун. Союзъ угол. права (Internat. Kriminalist Vereinig.).

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Уголовный законъ, его дѣйствіе и примѣненіе.

ГЛАВА I.

Законъ, какъ источникъ уголовнаго права.

I. Принципъ „nullum crimen, nulla poena sine lege". II. Исключенія: 1. обычай въ уголовномъ правѣ, 2. опредѣленіе преступности административной властью. III. Элементы уголовнаго закона: 1. виды диспозиціи; 2. виды санкціи. IV. Источники русскаго уголовнаго права. 1 общіе; 2. особенные. V. Источники иностраннаго уголовнаго права VI. Примѣненіе уголовнаго закона; вопросъ объ аналогіи.

Литература. См. особенно: *Schottländer.* Die geschichtliche Entwickelung des Satzes „Nulla poena sine lege". 1911. *Binding* Handbuch, I § 4, § 35, § 44, 45. *Binding.* Normen, I. *Таганцевъ*, I, 191 и слѣд., *Піонтковскій*, § 4—§ 7. *Пусторослевъ*, глава II и лит, тамъ указанная.

I. Наказаніе, по современнымъ воззрѣніямъ, примѣняется только при условіи, если оно установлено положительнымъ правомъ, по общему правилу—закономъ. Этотъ принципъ: „nullum crimen, nulla poena sine lege" вытекаетъ изъ отсутствія дѣяній, преступныхъ per se, по своей природѣ, независимо отъ запрещенности ихъ закономъ подъ страхомъ наказанія, и изъ необходимости обезпечить личность отъ произвола. Наказуемо только то, что предусмотрѣно уголовнымъ закономъ, и только такъ, какъ указано послѣднимъ. Этотъ принципъ, который Листъ назвалъ „magna charta" преступника, даетъ, дѣйствительно, важную гарантію и не только преступнику, но всякому гражданину, противъ неосновательнаго и произвольнаго примѣненія наказанія, и полу-

чаетъ признаніе поэтому лишь недавно, въ связи съ утвержденіемъ идеи правового государства. Впервые онъ высказанъ въ С. Америкѣ [1]), при возникновеніи республики Соединенныхъ Штатовъ, и вошелъ въ конституціи нѣкоторыхъ отдѣльныхъ штатовъ, далѣе въ Декларацію правъ человѣка (Констит. 1791 г., § 8) [2]), кодексъ 3 брюмера IV года 1-й французской республики и затѣмъ въ Code pénal 1810 г. Нынѣ этотъ принципъ усвоенъ всѣми законодательствами культурныхъ народовъ; у насъ онъ выраженъ въ 1-й ст. Угол. Ул. 1903 г. и менѣе точно въ ст. 1-й Улож. о нак [3]). Здѣсь идетъ рѣчь собственно о „nullum crimen sine lege", положеніе „nulla poena sine lege" вытекаетъ изъ опредѣленія въ самомъ законѣ, запрещающемъ дѣяніе подъ страхомъ наказанія, рода и мѣры послѣдняго. Абсолютно—неопредѣленная санкція, предоставлявшая суду назначать наказаніе по своему усмотрѣнію, нынѣ исчезла изъ кодексовъ. Такъ и ст. 147 Улож. о нак.

Въ исторіи уголовнаго права [4]) примѣненіе наказанія къ дѣяніямъ, не предусмотрѣннымъ закономъ до ихъ совершенія, явленіе далеко не рѣдкое: римскія комиціи примѣняли иногда законъ, принятый ad hoc, по поводу дѣянія, которое не было до этого преступнымъ, но къ которому считали нужнымъ примѣнить наказаніе, въ императорскую эпоху Рима наказывали за непреступныя дѣянія, по аналогіи ихъ съ предусмотрѣнными въ законѣ преступленіями; аналогія заходила часто очень далеко. Въ концѣ среднихъ вѣковъ этотъ порядокъ былъ заимствованъ изъ римскаго права Западной Европой и продержался до конца 18-го вѣка. Утвержденію правильной точки зрѣнія много способствовала доктрина о раздѣленіи властей, основатель ко-

---

[1]) Шотлендеръ видитъ зачатки принципа въ 39 ст. Magna charta (1215), по которой „никто не можетъ быть наказанъ иначе, какъ per legale judicium parium suorum, vel per legem terrae", понимая vel, какъ et, для чего однако нѣтъ основаній.

[2]) „Nul ne peut être puni, qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée", Garçon, art. 4—A.

[3]) Ст. 1. Уг. Ул.: „Преступнымъ признается дѣяніе, воспрещенное, во время его учиненія, закономъ подъ страхомъ наказанія". Ст. 1 Ул о нак.: „Преступленіемъ или проступкомъ признается какъ самое противозаконное дѣяніе, такъ и неисполненіе того, что подъ страхомъ наказанія закономъ предписано". См. еще рѣш. 1890 г. № 10, 1893 г. № 6 и 1894 г. № 13.

[4]) Mommsen. Römisches Strafrecht. 1899, стр. 55 и слѣд., 171; Bar, § 53, § 19.

торой Монтескье выдвинулъ начало подзаконности судебной дѣятельности, впавши впрочемъ въ уже отмѣченныя (см. выше, стр 20) преувеличенія. Нѣкоторое подкрѣпленіе принципъ „nullum crimen etc" получилъ также со стороны тѣхъ, которые полагали, что зло наказанія должно перевѣсить выгоду отъ преступленія, ожидаемую преступникомъ, и такимъ образомъ склонить рѣшеніе въ сторону закономѣрнаго поведенія (такъ Гоббсъ, Пуффендорфъ, позже Фейербахъ). Чтобы сдѣлать это сравненіе, преступникъ при совершеніи дѣянія долженъ былъ бы знать размѣры наказанія [5]).

II-1. Изъ необходимости огражденія гражданской свободы противъ произвольнаго примѣненія такого энергичнаго средства, какимъ является наказаніе, вытекаетъ непригодность обычая служить источникомъ уголовнаго права [6]), такъ какъ только законъ можетъ опредѣленно обрисовать признаки наказуемыхъ дѣяній и указать подлежащія примѣненію карательныя средства. Отрицательныя черты обычнаго права: съ одной стороны, отсутствіе точности и опредѣленности обычно-правовой нормы, съ другой стороны, часто наблюдаемая отсталость, устарѣлость обычаевъ, утратившихъ свою былую раціональность, представляютъ особенную опасность въ области уголовнаго права. И дѣйствительно, кромѣ Англіи, гдѣ и въ этой области дѣйствуетъ кромѣ законовъ и обычное право, въ остальныхъ культурныхъ государствахъ законъ единственный источникъ уголовнаго права. Это положеніе принято и въ Россіи; дѣйствіе обычая допущено лишь въ видѣ исключенія для подсудныхъ мѣстнымъ народнымъ судамъ маловажныхъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ кочующими киргизами, инородцами Сибири и Забайкальской области, инородцами степныхъ областей, туземцами Туркестанскаго края и Ставропольской губ., самоѣдами Архангельской губ.

---

[5]) Пуффендорфъ впрочемъ допускалъ послѣднее и при отсутствіи закона, предусматривающаго дѣяніе, какъ наказуемое, подобно многимъ другимъ представителямъ школы естественнаго права, которые находили возможнымъ наказаніе за нарушеніе нормъ juris naturalis, т. е не содержащихся въ законахъ. Contra Локкъ и Вольфъ.

[6]) Contra Binding, I, 210, 211. Но, если уголовный законъ защищаетъ правовую норму, принадлежащую къ другимъ областямъ права, напр. гражданскаго, гдѣ обычай примѣняется, онъ можетъ оказать вліяніе на составъ преступленія. Meyer-Allfeld, 89; Frank, 25 См. также Manzini, I, 187.

Кругъ этихъ дѣяній намѣчается невполнѣ одинаково относящимися сюда законоположеніями (т. II Св Зак. Полож. объ управл. Туркестанскаго края ст. 141, 142, 210 и 211; Полож. объ управлен. степныхъ областей ст. 101 и 102, Полож. объ инородцахъ, ст. 75, прим. 1, 277, 429[1] и 588, прилож. къ ст. 8 этого полож., ст. 49 и 55). Такъ, по ст. 49 о кочев. инородцахъ Забайкальской области, народный судъ можетъ опредѣлять тюремное заключеніе до одного года; кочующ. инородцы Ставропольской губ судятся по мірскому приговору и за грабежъ, а кочевники Сибири подлежатъ общимъ законамъ за насиліе и т. д. Общее условіе для рѣшенія дѣлъ инородцевъ и туземцевъ окраинъ—совершеніе дѣянія въ предѣлахъ кочевья или поселенія ихъ и противъ такихъ же инородцевъ. См еще прилож. V къ ст. 168 Ул. о нак. и 1285 ст. Уст. Угол. Суд. и п 2 ст 5 Уг Ул.

2. Другое исключеніе изъ принципа „nullum crimen etc". составляетъ право высшей административной власти въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи или положеніи усиленной или чрезвычайной охраны, устанавливать деликты и наказанія за нихъ въ извѣстныхъ предѣлахъ, именно: генералъ-губернаторамъ, главноначальствующимъ, градоначальникамъ, военнымъ генералъ-губернаторамъ и уполномоченнымъ ими лицамъ предоставляется издавать обязательныя постановленія по предметамъ, относящимся къ предупрежденію нарушеній общественнаго порядка и государственной безопасности, и подвергать въ административномъ порядкѣ лицъ, нарушившихъ эти постановленія, денежному взысканію до 500 руб., а при чрезвычайной охранѣ и военномъ положеніи до 3000 руб., или аресту на срокъ не свыше 3 мѣс., или (при чрезвыч. охранѣ и воен. полож.) заключенію въ тюрьмѣ или крѣпости на тотъ же срокъ (ст. 19 прилож. къ ст. 23 Общ. Учрежд. Губерн., т. II; т. XIV ст. 15, 16, 26 приложен. 1 къ ст. 1, пр. 2 Уст. О пред. прест.). Сверхъ того генералъ-губернаторамъ и Министру Внутреннихъ Дѣлъ предоставляется передача отдѣльныхъ уголовныхъ дѣлъ или категорій дѣлъ, заранѣе указываемыхъ (съ предварительнымъ распубликованіемъ), военному суду для сужденія по законамъ военнаго времени; такимъ образомъ измѣняется наказаніе, установленное закономъ за данное преступленіе (см. ст 19, п 6 и 7 прилож. къ ст. 23 Учр. Губ., и ст. 17, 18, 26 прилож. 1 къ ст. 1 Уст. о предупр. прест.).

III. Уголовный законъ состоитъ обыкновенно изъ двухъ элементовъ: предположенія или диспозиціи, гдѣ опредѣляются условія, при наличности которыхъ примѣняется наказаніе, и санкціи, гдѣ указывается родъ и мѣра наказанія. Но кромѣ законовъ этого типа, существуютъ и такіе, которые содержатъ общія положенія, соотвѣтствующія тому, что въ наукѣ составляетъ содержаніе общей части: эти законы опредѣляютъ принятыя въ данномъ правѣ карательныя средства и ихъ содержаніе, напр.: сущность тюремнаго заключенія, какого-либо правопораженія и т. п., обстоятельства, вліяющія на опредѣленіе мѣры наказанія судомъ, права послѣдняго при выборѣ этой мѣры, напр: при смягченіи— предѣлы его; причины погашенія наказанія; эти законы устанавливаютъ важнѣйшія общія понятія, напр.: вмѣняемости, умысла, необходимой обороны, покушенія, и ихъ значеніе для уголовной отвѣтственности. Такіе законы обыкновенно составляютъ содержаніе начальныхъ главъ кодекса или первой его части. Но преобладающее по численности мѣсто принадлежитъ законамъ не этого, а перваго типа, устанавливающимъ признаки различныхъ наказуемыхъ дѣяній и карательныя послѣдствія, связываемыя съ каждымъ изъ нихъ. Диспозиція въ сущности представляетъ собою первую часть условнаго періода, выраженную чаще въ сокращенной формѣ („если кто убьетъ“ сокращается словами: „виновный въ убійствѣ“ „за убійство“), санкція— вторую часть этого періода („подлежитъ заключенію въ тюрьмѣ“).

Диспозиція можетъ быть различныхъ типовъ:

a) она точно опредѣляетъ признаки дѣянія (составъ преступленія), напр.: 1462 ст. Ул. о нак.;

b) она пользуется общепринятымъ терминомъ, съ которымъ связывается опредѣленное содержаніе и въ житейскомъ словоупотребленіи, напр.: выраженіями убійство (1449 ст. Ул. о нак.), обида (130 ст. Уст. о нак.),

c) она ссылается на другое постановленіе закона, гдѣ этотъ составъ уже обрисованъ (ср. ст. 1656 Улож. о нак.; ст. 132 Уг. Ул.), или имѣетъ его въ виду (ср. ст. 1644 и слѣд. Ул. о нак);

d) она представляетъ собою бланкъ[7]), содержаніе котораго предоставляется опредѣлить власти, имѣющей на это полномочіе· такъ, ст. 29 Уст. о нак. гласитъ: „За неисполненіе законныхъ распоряженій, требованій или постановленій правительственныхъ и полицейскихъ властей, а равно земскихъ и общественныхъ учрежденій..... виновные подвергаются денежному взысканію не свыше 50 руб.“. См. еще ст. 118[2] Уст. о нак.

Санкція можетъ быть трехъ типовъ.

a) абсолютно-неопредѣленная, встрѣчавшаяся въ нашемъ старомъ законодательствѣ, даже еще въ Сводѣ Законовъ (наказать, какъ ослушника указовъ, по всей строгости законовъ, въ болѣе раннихъ источникахъ: „бить нещадно), а также въ старыхъ источникахъ другихъ странъ. Нынѣ она исчезла изъ законодательствъ;

b) абсолютно-опредѣленная, устанавливающая точно родъ и мѣру наказанія, напр.: точный срокъ каторги. Этотъ типъ санкціи былъ ненадолго усвоенъ законодательствами конца XVIII и первыхъ годовъ XIX вѣка, подъ вліяніемъ идей Монтескье и Беккаріи, считавшихъ такую опредѣленность гарантіей противъ судебнаго произвола. О недостаткахъ ея см. Введеніе стр. 21 и 23. Она удержалась въ законодательствахъ въ видѣ исключенія и лишь при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, см., напр.: ст. 427 Ул. о нак.;

c) относительно-опредѣленная санкція, устанавливающая только низшій и высшій предѣлы (minimum и maximum) наказанія за данное преступленіе; мѣру, подлежащую примѣненію въ конкретномъ случаѣ такого преступленія, выбираетъ судъ, на основаніи конкретныхъ обстоятельствъ. Этотъ типъ санкціи господствующій въ современныхъ уголовныхъ кодексахъ. При широкихъ рамкахъ между этими предѣлами, открывается бо́льшая возможность индивидуализировать наказаніе.

IV. Общими источниками русскаго уголовнаго права служатъ Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправи-

---

[7]) Blankettstrafgesetze (Binding. Handbuch, 180).

тельныхъ, Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, и Уголовное Уложеніе [8]).

1) При первоначальной кодификаціи въ XIX в., уголовные законы вошли въ XV т. Свода Законовъ. Недостатки Свода вообще и нѣкоторые, присущіе спеціально XV т., вскорѣ вызвали потребность въ реформѣ послѣдняго. Эта реформа была осуществлена особой коммиссіей подъ предсѣдательствомъ графа Блудова, выработавшею проектъ Улож. о наказ, Высочайше утвержденный, послѣ исправленій въ особой коммиссіи Государственнаго Совѣта и обсужденія въ общемъ собраніи послѣдняго, въ 1845 г. (15 августа). Улож. о нак. введено въ дѣйствіе 1 мая 1846 г. Затѣмъ оно переиздано въ 1857 г, въ 1866 г. и 1885 г. Въ этомъ, четвертомъ изданіи оно дѣйствуетъ и нынѣ, съ тѣми измѣненіями, которыя внесены послѣдующими законами и которыя содержатся въ продолженіяхъ къ XV т. Свода Зак. [9]). Въ составъ его Улож. о нак. введено при переизданіи Свода въ 1857 г. (1-я часть XV т.). За время своего существованія Улож. о нак. подверглось существеннымъ измѣненіямъ, въ особенности въ изданіи 1866 г., когда, вслѣдствіе отнесенія ряда преступныхъ дѣяній въ особый Уставъ о нак., созданный для Мировыхъ Судей при введеніи судебной реформы, измѣнена редакція многихъ статей, а многія замѣнены постановленіями Устава о нак. Большое вліяніе имѣла на это измѣненіе также отмѣна важнѣйшихъ тѣлесныхъ наказаній закономъ 17 апрѣля 1863 г. Въ изданіи 1866 г. число статей, несмотря на это, все-таки осталось очень большимъ (1711). Изд. 1885 г не содержитъ болѣе статей, предусматривавшихъ нарушенія нѣкоторыхъ спеціальныхъ правилъ (акцизныхъ, а съ сводн. продолж. 1906 г. и таможенныхъ); эти нарушенія включены въ соотвѣтствующіе Уставы (объ Акцизн. Сбор., Таможен.).

Нумерація статей осталась прежняя, хотя ихъ фактически не 1711; исключенныя статьи содержатъ рядомъ съ № статьи указаніе: „исключена“ Новыя статьи внесены въ

---

8) Сокращенія: Ул о нак., Уст. о нак., Угол Ул.

9) Узаконенія, выходящія послѣ послѣдняго продолженія (1912), см. въ Собр. Узаконен.

изданіе 1885 г. и вносятся въ его Продолженія подъ № статьи, дополненіемъ или развитіемъ которой служатъ, съ добавленіемъ наверху рядомъ цыфръ 1, 2 и т. д. (напр. ст. 31[1]).

Улож о нак. не представляетъ собою кодекса; это скорѣе переработка XV т. Свода, первоначальнаго изданія съ измѣненіями, сдѣланными путемъ заимствованій изъ западныхъ уложеній безъ заботы о согласованности началъ послѣднихъ между собою и съ постановленіями Свода и безъ приведенія къ извѣстной гармоніи постановленій Свода, относившихся къ разнымъ эпохамъ (начиная съ Соборнаго Уложенія 1649 г.) и выражавшимъ разные взгляды на наказаніе[10]). Казуистичность, неточность языка, вредное, вносящее недоумѣніе въ истолкованіе закона многословіе, неустойчивость точки зрѣнія составителей на важнѣйшіе вопросы преступленія и наказанія, сложность пріемовъ при выборѣ конкретной мѣры наказанія, отсутствіе системы при расположеніи матеріала, при группировкѣ отдѣльныхъ преступленій—вотъ дальнѣйшіе существенные дефекты Улож. о нак., доставлявшіе и даже иногда и нынѣ—послѣ важныхъ и многочисленныхъ разъясненій Сената—доставляющіе большія затрудненія судебной практикѣ.

Улож. о нак. дѣлится на XII раздѣловъ, первый изъ которыхъ посвященъ общимъ положеніямъ.

2) Трудность пользованія Улож о нак. во вновь организуемыхъ мировыхъ судахъ, съ юридически неподготовленнымъ судебнымъ персоналомъ, привела законодателя, при изданіи Судебныхъ Уставовъ въ 1864 г, къ мысли выработать для Мировыхъ Судей особый сборникъ уголовныхъ законовъ, которые были отнесены къ ихъ вѣдомству. Такъ былъ изданъ Уставъ о наказ. въ 1864 г., куда вошли съ измѣненіями постановленія немногихъ статей Улож. о нак. и нѣкоторыя новыя. Въ Уставѣ о нак. 181 статья; въ томъ числѣ ст. 1—28 составляютъ первую главу и содержатъ общія положенія (общую часть)[11]); всего главъ въ Уст. о нак. 13. Въ отношеніи системы и редакціи статей Уст. о нак. гораздо выше Улож. о нак.

Существованіе двухъ законодательныхъ сборниковъ съ двумя различными отдѣлами, относящимися къ общимъ началамъ, представляетъ однако значительное неудобство, не оправдываемое и соображеніями, вызвавшими изданіе Устава о нак., такъ какъ и до новаго

---

10) На общихъ положеніяхъ XV т. Свода, а затѣмъ и Улож. о нак. отразился проектъ, составленный приглашеннымъ для сего въ Россію нѣмецкимъ ученымъ Якобомъ.

11) Она весьма коротка; для разъясненія ея служитъ общая часть Улож. о нак.

закона о Мѣстномъ судѣ (15 іюня 1912 г.) мировымъ судьямъ были подсудны нѣкоторыя дѣла по обвиненіямъ въ дѣяніяхъ, предусмотрѣнныхъ Улож. о нак. Съ изданіемъ этого закона, число такихъ дѣлъ сильно возрасло, и мировымъ судьямъ все равно приходится примѣнять часто Улож о нак.

Уставъ о нак., въ изданіяхъ 1864 и 1883 г. включен. ный въ Судебные Уставы, въ предпослѣднемъ изданіи 1885 года введенъ въ XV т. Св. Зак. вмѣстѣ съ Улож. о нак. Въ 1914 г. вышло новое изданіе Устава о нак., содержащее всѣ узаконенія, обнародованныя по 15 сентября 1914 г.

3) Недостатки уголовнаго законодательства вызвали необходимость въ его обновленіи[12]). Починъ принадлежалъ Государственному Совѣту, мнѣніе котораго было утверждено Императоромъ Александромъ II въ концѣ его царствованія (1879 г.). Но къ работамъ по изданію новаго кодекса приступили въ царствованіе Императора Александра III, утвердившаго въ 1881 г. предположенія по этому вопросу Главноуправляющаго 2 отдѣленіемъ кн. Урусова и Министра юстиціи Д. Н. Набокова. Предположено было издать кодексъ на основаніяхъ науки, судебной практики, положеній иностранныхъ законодательствъ и потребностей жизни и Высочайше утвержденнаго 11 декабря 1879 г. мнѣнія Госуд. Совѣта о преобразованіи тюремной части и лѣстницы наказаній, существовавшей въ Улож о нак. Новое уложеніе должно было замѣнить какъ старое Улож. 1845 г., такъ и Уст. о нак; постановленія о должностныхъ нарушеніяхъ дисциплинарнаго характера предположено не включать въ новое уложеніе, а изложить въ дисциплинарномъ уставѣ, и не включать также нарушеній уставовъ казенныхъ управленій и другихъ спеціальныхъ уставовъ. Въ томъ же, 1881 году назначенъ Комитетъ, избравшій редакціонную коммиссію, куда вошли въ качествѣ членовъ крупные русскіе ученые проф. Н. С. Таганцевъ, проф. И. Я. Фойницкій и Н. А. Неклюдовъ, а позже также В. К. Случевскій. Предсѣдателемъ былъ тов. мин. юстиціи Э. В. Фришъ. Проектъ общей части выработанъ Н. С. Таганцевымъ. Проектъ Угол. Улож., какъ названъ новый кодексъ, разсылался на заключеніе

12) См Обозрѣніе хода работъ по составленію новаго уголовнаго улож. Право 1901 г. № 51, прилож.

русскихъ юридическихъ обществъ и иностранныхъ выдающихся криминалистовъ, отзывы и предложенія объ измѣненіяхъ собраны въ Матеріалахъ къ Проекту редакціонной коммиссіи. Проектъ былъ измѣненъ въ Мин Юстиц, по соглашенію съ предсѣдателемъ редакціонной коммиссіи. Этотъ новый проектъ внесенъ въ 1898 г. въ Государственный Совѣтъ. Послѣ исправленій, сдѣланныхъ сначала Особымъ Совѣщаніемъ, а затѣмъ Особымъ Присутствіемъ изъ членовъ Госуд. Совѣта, наконецъ Общимъ Собраніемъ послѣдняго, Проектъ Угол. Улож. утвержденъ 22 марта 1903 г. Государемъ Императоромъ Николаемъ II, разрѣшившимъ разногласія по нѣкоторымъ статьямъ, возникшія при разсмотрѣніи Проекта въ Общемъ Собраніи Госуд. Совѣта. Но изъ 37 главъ Угол. Улож. 22 марта 1903 г. по настоящее время введены особыми узаконеніями, послѣдовавшими за его утвержденіемъ разновременно, только:

1) главы о государственныхъ преступленіяхъ [13]) (III, IV и V, за исключеніемъ нѣсколькихъ статей) и нѣсколько статей о примыкающихъ къ нимъ преступленіяхъ, помѣщенныхъ въ другихъ главахъ (различные виды противодѣйствія правосудію по важнѣйшимъ политич преступленіямъ, напр.: недонесеніе о замышленномъ преступленіи, поврежденіе вещественнаго доказательства по такому дѣлу; далѣе поддѣлка Высочайшаго повелѣнія или большой государственной печати, служебное попустительство или недонесеніе при такомъ преступленіи);

2) глава (II) о религіозныхъ преступленіяхъ [14]);

3) нѣкоторыя статьи изъ главъ XXVI и XXVII о посягательствахъ на свободу и о непотребствѣ [15]) (заключеніе въ больницѣ умалишенныхъ, въ притонѣ разврата; сводничество, потворство непотребству со стороны опекуновъ, склоненіе къ непотребству насиліемъ или угрозами; сутенерство и т. д.);

4) 620 и 622 статьи (XXXV главы Угол. Ул.) о посягательствахъ противъ авторскаго права [16]) и привилегій на изобрѣтенья; измѣнены сравнительно съ первоначальнымъ; текстомъ

---

13) 7 іюля 1904 г.
14) 14 марта 1906 г.
15) 25 декабря 1909 г.
16) 20 марта 1911 г.

5) кромѣ того законами 1912 г. (28 іюня и 5 іюля) глава IV Угол. Улож. дополнена ст. 111^{1-4}, 112^{1}, 113^{1}, 118^{1}, 118^{2} относящимися къ шпонству и измѣнѣ, и текстъ нѣкотор. прежнихъ статей измѣненъ.

6) Ст. 279 п. 5, 450—452 Угол. Улож (поддѣлка печати, клейма и т. п., участіе въ шайкѣ для контрабанды) введены въ дѣйствіе по примѣненію къ преступнымъ дѣяніямъ, предусм. правилами о наказаніяхъ и взысканіяхъ за контрабанду (ст. 1045 и слѣд. Уст. тамож. изд. 1910 г.) и къ нарушеніямъ, указаннымъ въ ст. 1011^{1} и 1038 Уст. тамож. [17])

7) Въ отношеніи преступныхъ дѣяній, предусмотрѣнныхъ дѣйствующими статьями Угол. Улож., введена въ дѣйствіе и 1-я глава его, т. е. общая часть [18]).

Въ 1909 г. введенныя до 1910 г. въ дѣйствіе статьи Угол. Улож. включены въ Продолженіе къ XV т. Св. Зак. Нынѣ есть и продолж. 1912 г. Соотвѣтствовавшія этимъ статьямъ статьи Улож. о нак. утратили силу и значатся исключенными.

Такимъ образомъ преобладающее значеніе и нынѣ сохраняетъ Улож. о нак., которымъ предусмотрѣно большинство преступныхъ дѣяній.

Угол. Улож. 22 марта 1903 г. представляетъ собою дѣйствительно кодексъ, основанный на опредѣленныхъ принципахъ, которые проводятся черезъ большинство его постановленій. Нельзя однако не признать, что слишкомъ долговременное составленіе Угол. Улож. невыгодно отразилось на немъ, такъ какъ многое въ наукѣ ко времени изданія кодекса подверглось пересмотру; выдвинулись по многимъ вопросамъ другія точки зрѣнія, и Угол. Улож., выработанное согласно научнымъ требованіямъ восьмидесятыхъ годовъ, сохранило цѣнность далеко не во всѣхъ своихъ частяхъ: вопросы, связанные съ важнѣйшими реформами уголовнаго законодательства, отчасти возникли, отчасти выросли въ своемъ значеніи къ самому концу XIX в. и въ XX столѣтіи; такъ много сдѣлавшій въ этой области Международ-

17) 27 марта 1906 г.

18) См. указан. въ предыдущ. примѣчаніяхъ законы. Важно далѣе Высочайше утвержден. мнѣніе Госуд. Совѣта отъ 22 марта 1903, отд. I и II, относящіеся къ порядку отбытія наказаній

ный Союзъ уголовнаго права образовался только въ 1889 г. Естественно, институты условнаго осужденія, условнаго досрочнаго освобожденія, неопредѣленныхъ приговоровъ, мѣръ защиты противъ уменьшенно-вмѣняемыхъ и др. не проникли въ Угол. Улож.; мотиву преступнаго дѣянія и классификаціи преступниковъ не дано надлежащаго вліянія на мѣру и родъ наказанія и т. д. Условное досрочное освобожденіе введено у насъ спеціальнымъ закономъ только въ 1909 г.

Кромѣ того для организаціи и режима карательныхъ мѣръ источниками уголовнаго права служатъ у насъ.

1) Уставъ о ссыльныхъ, впервые изданный въ 1822 г., включенный затѣмъ въ XIV т Свода зак. Въ этомъ Уставѣ предусмотрѣны также нѣкоторыя преступныя дѣянія, субъектомъ которыхъ могутъ быть только сосланные въ каторжную работу и ссыльно-поселенцы, и содержатся постановленія, измѣняющія для нихъ карательныя послѣдствія за преступленія, предусмотрѣнныя обще-уголовнымъ законодательствомъ. Послѣднее изд. этого Устава 1909 г., послѣд. продолж. 1913 г

2) Уставъ о содержащихся подъ стражей, т. XIV. Св. Зак. Послѣднее изд. 1890 г., послѣднее продолж. 1913 г.

3) Положеніе объ исправительно-воспитательныхъ заведеніяхъ для несовершеннолѣтнихъ, т. XIV Св Зак., изд. 1909 г. Положеніе издано 19 апрѣля 1909 г. Продолж. 1913 г.

2. Особенные источники:

1) Воинскій уставъ о наказаніяхъ (XXII книга Свода военныхъ постановленій, изд. 1900 г.)[19]) и Военно-морской уставъ о наказ. (Сводъ Морскихъ постановленій, кн. XVI, изд. 1886 г.) съ послѣдующими Продолженіями къ этимъ Сводамъ для преступныхъ дѣяній, учиненныхъ лицами, принадлежащими къ арміи и флоту, а Воинскій уставъ о наказ. и для нѣкоторыхъ тяжкихъ преступленій лицъ не военнаго званія, но въ мѣстностяхъ объявленныхъ на военномъ положеніи или на положеніи усиленной или чрезвы-

19) Пособіе для изученія—„Военно-уголовное право“ Кузьмина-Караваева.

чайной охраны, если эти дѣянія разсматриваются военнымъ судомъ въ силу закона или въ силу передачи такому суду дѣла, въ порядкѣ, указанномъ этими положеніями, для сужденія по законамъ военнаго времени (съ примѣненіемъ 279 ст. Воин уст о нак., угрожающей смертной казнью). См. ст. 17, 19 и 20 приложенія къ ст. 23 Общ. учрежд. губерн., т. II Св. Зак. и 17, 18 и 26 приложенія 1-го къ ст. 1 Уст. пред. и пресѣч. прест., т. XIV Св. Зак., а также ст. 31 того же прилож. относительно передачи военному суду нѣкотор. дѣлъ въ мѣстностяхъ, смежныхъ съ объявленными на исключит. положеніи. См. еще ст. 226[1] Уст. Угол. Суд. и примѣч. къ 1255 ст. Уст. Уг. Суд.

2) Уставы объ акцизныхъ сборахъ (Св. Зак т. V, изд. 1901 г.) и Уставы таможенные (Св. Зак. т. VI, изд. 1910 г.) съ послѣдующ. Продолжен., содержащіе карательныя постановленія за нарушенія этихъ уставовъ.

3) Церковные законы (Уставъ Духовныхъ Консисторій и ч. 1, т. XI Св. зак. Уставы иностран исповѣд.) для нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній духовенства.

4) Уголовное Уложеніе Великаго Княжества Финдляндскаго, введенное въ дѣйствіе въ 1894 г.[20]).

5) Временное значеніе сохранили, до повсемѣстнаго введенія закона 15 іюня 1912 г. о Мѣстномъ судѣ, Временныя правила о волостномъ судѣ 12 іюля 1889 г. въ мѣстностяхъ, гдѣ введенъ институтъ земскихъ начальниковъ, и Сельско-Судебный уставъ 1839 г. въ прочихъ мѣстностяхъ, въ отношеніи крестьянскихъ уголовныхъ дѣлъ, подлежащихъ волостнымъ судамъ. Гдѣ законъ о Мѣстномъ судѣ введенъ, эти источники утратили значеніе.

Временнымъ источникомъ уголовнаго права, на основаніяхъ, опредѣляемыхъ 87 ст. Основн. Закон., могутъ быть и Высочайшіе указы. См., напримѣръ, Высочайше утвержденное положеніе Совѣта Министровъ отъ 10 іюля 1915 г. объ отвѣтственности за акцизныя нарушенія и за появленіе публично въ состояніи явнаго опьяненія.

---

20) О немъ и объ относящихся къ нему узаконеніяхъ см. Н Д. Сергѣевскій. Финдляндское Угол. Улож. 1907 г.

V. Важнѣйшіе источники уголовнаго права другихъ государствъ: во *Франціи* Code pénal 1810 г., измѣненный во многомъ рядомъ послѣдующихъ узаконеній. Въ *Бельгіи* Code pénal 1867 г. Въ *Австріи* Strafgesetzbuch 1852 г Въ *Германіи* Strafgesetzbuch fur das Deutsche Reich, 1872 г. Въ *Голландіи* Угол. Уложеніе (3 Марта) 1881 г. Въ *Италіи* Il Codice penale per il Regno d'Italia (30 іюня) 1889 г. Въ *Норвегіи* Угол. Улож. (22 мая) 1902 г. Въ *Венгріи* Уложеніе 1878 г. о преступленіяхъ и проступкахъ и Уставъ 1879 г. о нарушеніяхъ Въ *Швейцаріи* нѣтъ общаго для всей республики уголовнаго кодекса, отдѣльные кантоны имѣютъ свои уголовные кодексы, въ 1908 г. въ Швейцаріи выработанъ проектъ общаго угол уложенія, обсуждавшійся недавно снова въ коммиссіи экспертовъ. Въ *Англіи* большое значеніе сохранило обычное право (Common Law), собственно выработанное судебной практикой, на ряду съ этимъ есть и много законодательныхъ актовъ (Statute Law), относящихся къ уголовному праву, составъ многихъ преступныхъ дѣяній опредѣленъ консолидированными статутами 1861 г. Измѣненіе мѣръ репрессіи совершено рядомъ законодательныхъ актовъ недавняго времени. Въ *Соединенныхъ Штатахъ* дѣйствуютъ отчасти кодексы отдѣльныхъ штатовъ, отчасти отдѣльные законы на ряду съ обычаями, отчасти законы, общіе для всего государства (кодексъ 1909 г.), въ *Японіи* кодексъ 1907 г.

VI. Примѣненіе уголовнаго закона судомъ подчинено правиламъ, общимъ и для другихъ областей законодательства.

Существовавшее въ XVIII в. отрицательное отношеніе къ толкованію, вызванное произволомъ судей предшествующаго періода, основанное на преувеличеніи идеи раздѣленія властей и на вѣрѣ въ возможность совершеннаго, все предусматривающаго законодательства, не могло выдержать столкновенія съ дѣйствительностью, и нынѣ всѣ виды и всѣ научные пріемы толкованія пользуются признаніемъ и науки уголовнаго права и уголовно-процессуальныхъ кодексовъ (см. 12 и 13 ст. Уст. Уг Суд.)[21]).

Единственное исключеніе составляетъ *аналогія. Поскольку она можетъ подорвать принципъ «nullum crimen, nulla poena sine lege», она недопустима*[22]) Идея преступленій есте-

21) Подробности ученія о толкованіи относятся къ общей теоріи права. Подробно о толкованіи Таганцевъ, I, №№ 42-48; Manzini, I, гл. 6; Bar. I, Binding, I, 197 и слѣд. О пріемахъ толкованія см. еще проф. Васьковскій. Цивилист. методологія 1901.

22) Такъ communis opinio; см., напр., указан. въ предыд. примѣч. (кромѣ Binding'a), Garraud, I, № 125, 126, Prins, № 70—в. Florian, I, № 101

ственныхъ (delicta naturalia или sua sponte, per se, scelerata) нынѣ отброшена, поэтому уголовный судъ не въ правѣ создавать новыхъ составовъ преступленія, хотя бы они были весьма сходны съ предусмотрѣнными въ законѣ Уголовный законъ исключеніе изъ общей массы законовъ, не устанавливающихъ за нарушеніе нормъ наказанія, и, какъ исключеніе, не можетъ быть распространяемъ по аналогіи.

Если указываютъ, что иногда законъ пропускаетъ дѣянія, вопіющія, что онъ не поспѣваетъ за послѣднимъ словомъ въ области преступленія (такъ Кони)[23]), то это зло можетъ быть исправлено только законодателемъ, безнаказанность такихъ дѣяній, во всякомъ случаѣ меньшее зло, чѣмъ расширеніе караемой области на почвѣ аналогіи Здѣсь можно ждать соотвѣтствующей новеллы въ отличіе отъ гражданскаго права, гдѣ судъ долженъ дать отвѣтъ сторонамъ и по непредусмотрѣнному закономъ вопросу.

Но, поскольку аналогія примѣняется не для созданія новыхъ видовъ преступленія или наказанія или отягчающихъ обстоятельствъ, она допустима и въ уголовномъ правѣ[24]), напр.: для установленія, по тождеству основанія, обстоятельства, устраняющаго вмѣняемость, не бывшаго въ виду законодателя и пропущеннаго въ перечнѣ этихъ обстоятельствъ въ законѣ (напр., для признанія такимъ обстоятельствомъ не упомянутаго въ Ул. о нак. гипноза, по аналогіи съ 97 ст.[25]).

За примѣненіе аналогіи de lege ferenda безъ ограниченій Биндингъ, допускающій и de lege lata распространеніе по аналогіи даже особо отягчающихъ обстоятельствъ, какъ предумышленье. Въ меньшей мѣрѣ за аналогію Меркель[26]) именно, она примѣнима настолько, насколько случай, предусмотрѣнный въ законѣ, не можетъ быть безъ нея разрѣшенъ, когда приходится предварительно рѣшить принципі-

---

23) И за нимъ Дубровинъ въ Жур. Мин. Юстиц. 1899 г. №№ 5 и 6. Кони въ рѣчи по Таганрогск. дѣлу. Неопредѣленно Лохвицкій. Курсъ (1871), 261 и слѣд.

24) Такъ Піонтковскій, 125; Liszt, 97, Frank, 25, Prins-l. c, Haus, I, 102. Противъ аналогич. примѣненія даже благопріятныхъ для обвиняемаго постановленій Merkel-Liepmann, 365, Meyer-Allfeld, 85

25) Сенатъ за ограничит. толкованіе обстоятельствъ, перечисленныхъ въ 92 ст. Ул. о нак. (см. тезисы 4 и 8 въ изд. Таганцева Ул. о нак. 1912 г.

26) См. Binding, I, 28, 221 и § 46, Merkel-Liepmann, 359 и слѣд.

альный вопросъ, на который нѣтъ отвѣта въ законѣ; или когда она служитъ толкованію, напр., уясненію не опредѣленныхъ ближе въ законѣ общихъ понятій (умысла, негоднаго покушенія и т. п.)[27]). Напротивъ, дальнѣйшее развитіе уголовнаго права по аналогіи недопустимо

Наша практика знаетъ примѣры образованія по аналогіи новыхъ преступленій: такъ, Сенатъ находилъ возможнымъ наказывать шантажъ, т. е. вымогательство имущественныхъ благъ или обязательствъ посредствомъ угрозы разглашенія позорящихъ обстоятельствъ, какъ мошенничество, а позже, какъ дѣяніе, пред. 1686 ст Ул. о нак., хотя законъ шантажа совсѣмъ не предусматриваетъ[28])

Опору для аналогіи даетъ въ нашемъ правѣ ст. 151 Ул. о нак , предписывающая приговаривать къ наказанію, предназначенному за сходное по важности и роду преступленіе, если въ законѣ за подлежащее разсмотрѣнію суда преступное дѣяніе нѣтъ опредѣленнаго наказанія. Но 151 ст. говоритъ все же о *преступномъ* дѣяніи, слѣдовательно предусмотрѣнномъ въ законѣ, который только не устанавливаетъ опредѣленнаго наказанія, случай, встрѣчавшійся не разъ въ нашемъ Сводѣ законовъ (т. XV, ч. I) до 1845, и регулированный ст. 104 (!19, по изд. 1842); оттуда это постановленіе и перешло въ Улож. о нак., тогда какъ оно устранило абсолютно—неопредѣленную санкцію, въ родѣ. „наказать по всей строгости законовъ“. Такимъ образомъ, ст. 151 есть результатъ недосмотра и не имѣетъ нынѣ никакого значенія. Съ другой стороны, ст. 147 требуетъ примѣненія того именно наказанія, которое назначено въ законахъ за судимое дѣяніе, а Уст. Уг. Суд. упоминаетъ о правѣ и обязанности (ст. 12 и 13) суда устранять, въ порядкѣ толкованія неполноту, не-

---

27) Сходно Таганцевъ I, № 47, прибавляющій, что такое пополненіе отчасти сливается съ распространит. толкованіемъ; далѣе Manzini, I, № 139 и 140, различающій аналогическое толкованіе и аналогическое дополненіе закона; послѣднее онъ исключаетъ и не одобряетъ, напримѣръ, подведеніе итальянской практикой похищенія электрической энергіи подъ кражу, тогда какъ это не предусмотрѣнное furtum-usus. Ср. сходное съ итальянск. практикой рѣш. 1902 г. № 17 нашего Сената и сходныя съ мнѣніемъ Manzini германск. практику и мнѣніе Frank'a (400).

28) См. Фойницкій. Курсъ Ч. особ. 1912, 249, Познышевъ Особен. часть. 1909 г., 261.

ясность, противорѣчіе законовъ, коими судимое дѣяніе воспрещается подъ страхомъ наказанія, но не говоритъ еще и о восполненіи *недостатка* послѣдняго, какъ 9 ст. Уст. Гр. Суд., и указываетъ, что оправдательный приговоръ долженъ быть постановленъ и въ томъ случаѣ, когда дѣяніе окажется не воспрещеннымъ закономъ подъ страхомъ наказанія (ст. 771 Уст. У. С.)[29]).

Что касается распространительнаго толкованія, то оно допустимо и въ уголовномъ правѣ[30]). Здѣсь не пробѣлъ закона, а неудачная редакція, суживающая истинный смыслъ закона, который и возстанавливается толкованіемъ.

Особенность примѣненія уголовнаго закона можно усматривать еще въ томъ, что, въ случаѣ сомнѣнія, предпочтеніе отдается толкованію, болѣе благопріятному для обвиняемаго — принципъ: in dubio mitius[31]). Ферри и нѣкоторые послѣдователи антропологическаго направленія предлагали буквальное толкованіе закона въ отношеніи преступниковъ привычныхъ, безумныхъ и прирожденныхъ[32]). Но, справедливо возражаетъ Манчини, бо́льшая или меньшая мягкость, ratio этого предложенія, не имѣетъ отношенія къ толкованію буквальный смыслъ можетъ, дѣйствительно, оказаться болѣе благопріятнымъ для обвиняемаго Самъ Манчини придаетъ значеніе при толкованіи знанію соціальныхъ отношеній — соціологическому элементу, а также знанію иностраннаго права—сравнительному элементу[33]).

---

29) Кистяковскій, 232, Таганцевъ, I, № 48, Пусторослевъ, 162 (указываетъ также на 74 ст Осн Зак), Неклюдовъ. Конспектъ общей части. 1875., § 100. Contra Сенатъ рѣш 1869 г. № 958. Ср. рѣш. 1893 г. № 3 и 1897 г № 14.

30) Противъ распространит. толкованія *во вредъ* подсудимому Познышевъ, 92, Prins, l. c. Большинство допускаетъ и во вредъ см. Таганцевъ I, 174, Meyer-Allfeld, 85. Примѣромъ можетъ служить распространеніе 1649-й ст. Ул. о нак., говорящей о кражѣ, совершенной слугами „съ наведенными людьми", и на случаи, гдѣ былъ только одинъ слуга и одинъ посторонній.

31) Познышевъ, l c., Meikel-Liepmann, 361; Meyer-Allfeld, 85 Такъ уже римское и каноническое право. Contra Manzini, I, 213, а также Ferri и Prins, № 70.a, но лишь, когда рѣчь идетъ о профессіональныхъ преступникахъ.

32) См. Manzini. I, 204, 211,

33) Ср. выше стр. 2 и 3.

ГЛАВА II.

Дѣйствіе уголовнаго закона во времени.

I. Начальный и предѣльный моменты дѣйствія уголовнаго закона. Desuetudo. Законы временные. II. Вліяніе измѣненій нормъ другихъ областей права. III. Вопросъ объ обратномъ дѣйствіи уголовнаго закона: 1. значеніе ненаказуемости дѣянія во время его учиненія; 2. различіе наказуемости по законамъ времени учиненія и времени приговора; теоріи и дѣйствующее право, 3. вопросъ объ измѣненіи наказанія, опредѣленнаго окончательнымъ приговоромъ или уже отбываемаго; 4. сравненіе тяжести наказанія по двумъ или нѣсколькимъ законамъ, 5. измѣненіе законовъ о давности и о жалобѣ потерпѣвшаго.

Литература. Чубинскій. Статьи и рѣчи 1906. 1. Мокринскій въ Ж М Ю 1909 г., мартъ Trager въ V. D. VI „Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes 1908. Bar. Gesetz und Schuld, I, 1906. § 21—§ 41 Bar въ Reform, I, 37 и слѣд. Binding, Normen, I, (1890 г.) Изъ курсовъ подробно останавливаются на вопросѣ Таганцевъ, Пусторослевъ, Binding. (Handb) Manzini, I. Тамъ же указанія на болѣе старую литер См. также литер., указан. въ примѣч. къ настоящей главѣ.

I. Начальный и предѣльный моменты дѣйствія уголовнаго закона опредѣляются такъ же, какъ и для законовъ другихъ областей права У насъ начальнымъ моментомъ признается полученіе судебнымъ или административнымъ учрежденіемъ или органомъ того номера Собран. Узаконен., въ которомъ законъ напечатанъ[1]), предѣльнымъ моментомъ—полученіе номера Собр Узак., въ которомъ напечатанъ законъ, отмѣняющій прежній. Эта отмѣна можетъ быть прямо высказана въ новомъ законѣ, или же вытекать изъ того, что новый законъ регулируетъ то самое юридическое отношеніе, которое доселѣ опредѣлялось прежнимъ закономъ; послѣдній

1) Иногда впрочемъ въ самомъ законѣ опредѣляется, съ какого времени онъ вступаетъ въ дѣйствіе.

тогда уступаетъ свое мѣсто новому и теряетъ силу (lex posterior derogat priori).

Desuetudo legis, т. е. непримѣненіе закона въ теченіе долгаго времени (напр, у насъ 1416[1] ст Улож о нак.), не равносильно отмѣнѣ закона[2]).

Desuetudo можетъ имѣть значеніе при ссылкѣ подсудимаго на невѣдѣнье закона, доказывая добросовѣстность такой ссылки, и вести къ оправданію, если данное право не придерживается принципа. error juris nocet (см. ниже). Можно также согласиться съ Принсомъ[3]), что во всякомъ случаѣ desuetudo должно разсматриваться, какъ смягчающее обстоятельство при опредѣленіи наказанія. Въ пользу этого можно привести, что непримѣненіе закона долгое время, если подобныя дѣянія имѣли мѣсто[4]), свидѣтельствуетъ о сознаніи несоотвѣтствія закона требованіямъ и правовымъ взглядамъ общества, о сознаніи его устарѣлости. Но именно поэтому, если законъ не примѣнялся лишь вслѣдствіе отсутствія подобныхъ преступленій, вслѣдствіе ихъ рѣдкости, то нельзя отсюда заключить о desuetudo.

Если законъ былъ изданъ на опредѣленный срокъ, то онъ теряетъ силу съ истеченіемъ этого срока Онъ не подлежитъ примѣненію даже къ дѣянію, совершенному до истеченія срока, но судимому послѣ этого, такъ какъ законъ долженъ дѣйствовать и въ моментъ рѣшенія[5]) непродленіе срока дѣйствія свидѣтельствуетъ о признаніи закона нераціональнымъ со стороны самого законодателя.

Больше сомнѣній возбуждаетъ вопросъ о примѣнимости закона, имѣющаго временный характеръ и вызваннаго какими-либо чрезвычайными обстоятельствами (эпидеміей, войной), къ дѣянію, совершенному при ихъ наличности, но судимому по ихъ миновании. Въ отличіе отъ срочнаго закона, въ этомъ послѣднемъ случаѣ законъ издается не въ видѣ опыта, и прекращеніе его силы объясняется не неудачными результатами его примѣненія, не его непригодностью, а окончаніемъ указаннаго чрезвычайнаго періода въ жизни государства. Если дѣяніе

---

2) Такъ Manzini, I, 187, Berner, 253; Garraud, I, 308 (изд. 1913 г.) Liszt, 318. Contra Binding, I, 210; Frank, 25, Meyer-Allfeld, 81, Träger, считающій такіе случаи едва-ли возможными. Признаніе desuetudo Франкъ приводитъ даже, какъ господствующее мнѣніе въ Германіи Сходно Есиповъ, 99.

3) ор. с., № 83

4) Такое непримѣненіе соотвѣтствуетъ оппортунистическому принципу въ обвинительной дѣятельности прокуратуры.

5) Такъ Liszt, 101, Frank, 28. Contra H. Meyer-Allfeld, § 15—IV и райхсгерихтъ

послѣдовало въ это время, то оно принесло тотъ именно вредъ или создало ту опасность, въ предотвращеніе которыхъ оно и было объявлено наказуемымъ или получило характеръ преступленія болѣе важнаго, чѣмъ въ нормальное время, поэтому для примѣненія закона къ этому дѣянію нѣтъ, казалось бы, препятствій, хотя бы оно подлежало разрѣшенію суда позже, когда этотъ періодъ закончился [6]). Срокъ дѣйствія такого закона опредѣляется не точной датой, а моментомъ ликвидаціи этого періода, который не совпадаетъ съ моментомъ его прекращенія (напр, заключенія мира, объявленія мѣстности благополучной по холерѣ), а наступаетъ позже. Однако возстановленіе нормальнаго хода жизни въ государствѣ можетъ дать основаніе *законодателю* смягчить наказаніе за дѣянія, совершенныя въ тревожное время, но еще не разрѣшенныя. суровость временныхъ законовъ этого рода иногда вызывается преувеличеніемъ важности дѣянія, объясняемымъ именно ненормальностью положенія, поспѣшнымъ проведеніемъ закона и ненадлежащей оцѣнкой дѣянія [7]).

Въ пользу дѣйствія такихъ законовъ и по минованіи чрезвычайныхъ обстоятельствъ приводятъ иногда и другое соображеніе: эти обстоятельства не опредѣляютъ срока дѣйствія закона, а входятъ въ составъ преступленія, представляя условія, при наличности которыхъ дѣяніе становится преступнымъ [8]). Дѣяніе, совершенное при ихъ отсутствіи непреступно, но законъ сохраняетъ и въ это время силу и примѣнимъ къ дѣяніямъ, совершеннымъ при ихъ наличности. Но это обоснованіе пріемлемо только въ отношеніи законовъ *постоянныхъ*, редактированныхъ, напримѣръ, какъ наша ст. 832 Ул. о нак. (виновные въ выходѣ изъ карантинной черты во время существованія чумы

---

6) Безъ проведенія различія въ этихъ случаяхъ Manzini, I, 227 и 236, Hälschner I, 123 (законъ все равно признается утратившимъ силу). Сходно съ мнѣніемъ, изложеннымъ въ текстѣ Binding, I, 258—261 (важны мотивы измѣненія закона), Merkel—Liepmann, 348 (важно, измѣнилась ли уголовно-правовая оцѣнка дѣянія), Frank, 28, Trager, 320. Если дѣяніе совершено до введенія временнаго закона, то оно наказывается по прежнему закону, даже по мнѣнію сторонниковъ приводимой ниже (60, пр 15) теоріи; см., напр. Таганцевъ, I, 279. Послѣдовательнѣе Binding, Normen I (1890), 180, распространяющій новый законъ на дѣяніе, если оно совершено раньше, но по наступленіи особыхъ обстоятельствъ (напр, войны).

7) Bar, (I, § 29) находитъ, что временный законъ не подлежитъ примѣненію, такъ какъ онъ вызывается идеей устрашенія и большаго понужденія къ исполненію нормъ, въ чемъ уже нѣтъ болѣе надобности при измѣнившихся обстоятельствахъ, „нельзя для этой преходящей или минувшей цѣли требовать и послѣ того жертвы во имя абстрактной исторической справедливости". Сходно Таганцевъ, I, 279, Manzini, I, 237

8) См. Liszt, 101, пр 3. Иначе Мокринскій, 21, 22.

и т. п.), или ст. 115 Угол. Ул. виновный въ сдачѣ въ военное время завѣдомо негодныхъ для употребленія предметовъ довольствія) Возможны однако и другіе случаи, когда уголовный законъ изданъ на время опредѣленныхъ тревожныхъ событій или повышаетъ на это время наказаніе. Изложенное выше имѣетъ въ виду именно такіе случаи.

II. По тѣмъ же основаніямъ, слѣдуетъ признать примѣнимыми постановленія уголовныхъ законовъ бланкетныхъ къ дѣяніямъ, совершеннымъ при дѣйствіи законныхъ постановленій, изданныхъ компетентными на то органами, но судимымъ въ то время, когда эти постановленія измѣнены или отмѣнены [9]), и не только по формальному соображенію, что бланкетные законы карающъ голое неповиновеніе, которое, конечно, остается, но и потому, что, когда обязательное постановленіе существовало, оно имѣло raison d'être, оно, предполагается, было раціональнымъ, поэтому, если бы, по исключенію, оно было отмѣнено именно вслѣдствіе признанной высшимъ или тѣмъ же самымъ органомъ нерациональности, можно было бы неисполненіе такого постановленія считать неподлежащимъ наказанію и уголовный законъ непримѣнимымъ. Въ виду исключительности такихъ случаевъ, расчетъ виновнаго въ неисполненіи на безнаказанность былъ бы явленіемъ крайне рѣдкимъ, и превентивное значеніе уголовной санкціи не было бы подорвано [10]); а вмѣстѣ съ тѣмъ была бы устранена несообразность, заключающаяся въ наказаніи за неисполненіе того, что и не слѣдовало исполнять.

Такъ какъ уголовный законъ въ большинствѣ случаевъ имѣетъ значеніе дополнительное къ другимъ правовымъ нормамъ, энергичнѣе охраняя интересы, защищаемые уже этими нормами, можетъ возникнуть вопросъ, какое вліяніе на примѣненіе къ дѣянію уголовнаго закона имѣетъ измѣненіе или отмѣна этихъ нормъ, принадлежащихъ къ другимъ областямъ права? Допустимъ, кто-либо обвиняется въ вовлеченіи въ невыгодную сдѣлку несовершеннолѣтняго (1689 ст. Ул. о нак.) уроженца Бессарабіи, которому исполнилось 22 года, и выходитъ новый законъ, устанавливающій для совершеннолѣтія и въ Бессарабіи вмѣсто 25 лѣтъ, какъ требовалось ко времени совершенія сдѣлки, 21 годъ Составъ преступленія выполненъ обвиняемымъ, и формально онъ подлежитъ наказанію, но ко времени разрѣшенія дѣла вовлеченіе въ сдѣлку двадцатидвухлѣтняго уроженца Бессарабіи утратило значеніе преступнаго дѣянія, законодатель призналъ такихъ лицъ не нуждающимися въ особой защитѣ и слѣдовательно прежнюю точку зрѣнія несостоятельной, поэтому измѣненіе

---

9) Такъ Bar, I, 78, райхсгерихтъ и Meyer-Allfeld, 90, пр. 25 и 26, гдѣ наказуемость за прежде совершенныя нарушенія (напр., запрета ѣзды по испорченной дорогѣ) сохраняется, несмотря на отмѣну запрета (въ виду исправленія дороги).

10) Сходно Binding, I, 260. Ср. Normen I, § 26.

гражданско-правовой нормы измѣнило и уголовный законъ, который отмѣнилъ прежній уголовный законъ, новый законъ гласитъ: кто вовлечетъ въ невыгодную сдѣлку лицо не старше 21 года и т. д.; прежній законъ, какъ утратившій силу, не можетъ быть примѣненъ даже къ прежде учиненному дѣянію. Точно также разрѣшеніе взимать до 15% годовыхъ измѣнило бы законъ, карающій ростовщичество.

Но отъ такихъ случаевъ, гдѣ измѣненіе нормъ не уголовнаго права связано съ ограниченіемъ правовой защиты, существовавшей до сихъ поръ, слѣдуетъ отличать измѣненія съ этимъ не связанныя. напр., изъятіе изъ оборота какого-либо образца монеты не освобождаетъ отъ наказанія за ея поддѣлку, совершенную до этого момента, хотя бы и подлежащую суду позже [11]).

III. Важный и донынѣ спорный въ наукѣ вопросъ, подлежитъ ли новый законъ примѣненію къ преступнымъ дѣяніямъ, совершеннымъ до вступленія его въ силу, но судимымъ послѣ этого момента?

1. *Незыблемо стоитъ только принципъ „nullum crimen sine lege praevia", согласно которому дѣяніе прежде ненаказуемое не можетъ быть объявлено наказуемымъ ex post и остается непреступнымъ, хотя бы позднѣйшій законъ и опредѣлилъ за такое дѣяніе карательныя послѣдствія. Такъ и ст. 74 Основн. Закон. и ст. 14 Угол. Улож.*

2. Мнѣнія расходятся въ вопросѣ о примѣнимости новаго уголовнаго закона къ дѣяніямъ, которыя влекли наказаніе и по старому, дѣйствовавшему въ моментъ ихъ учиненія, но иное: болѣе строгое, или же болѣе мягкое. *Господствующая теорія въ наукѣ и почти всѣ законодательства отдаютъ предпочтеніе болѣе мягкому изъ этихъ законовъ*, различіе заключается только въ томъ, что или старый законъ признается подлежащимъ примѣненію принципіально, а исключеніе дѣлается въ пользу новаго, болѣе мягкаго [12]), или же

11) Ср. Meyer-Allfeld, 89. Binding, I, 259 и 237 и Grundr. § 22—III Bar, I, § 31, Frank къ § 2—V—1 в. По Биндингу, нужно различать, измѣнена ли норма или уголовный законъ (въ 1-мъ случ. наказуемо); по Франку—составляетъ ли норма матеріальную часть уголовнаго закона или же не составляетъ (во 2-мъ случаѣ дѣяніе остается наказуемымъ). Баръ, а также Кольраушъ (Z 23) предлагаютъ другія разграниченія.

12) Такъ большинство законодательствъ (напр., французское, бельгійское, норвежское, германское, во Франціи это положеніе выска-

наоборотъ· какъ правило, провозглашается примѣненіе новаго закона, а исключеніе допускается для стараго, если онъ благопріятнѣе для подсудимаго [13]). Практическое значеніе это различіе получаетъ въ случаяхъ сомнѣнія, какой изъ двухъ законовъ мягче: сомнѣніе разрѣшается въ пользу общаго правила, а не исключенія. Не находитъ послѣдователей мнѣніе (высказанное Беккеромъ) [14]), согласно которому преступленіе должно подпадать *всегда* дѣйствію закона момента учиненія, независимо отъ его большей или меньшей строгости сравнительно съ закономъ момента постановленія приговора, а исключеніе въ пользу новаго болѣе мягкаго закона разсматривается, какъ помилованіе, вводимое самимъ законодателемъ и подлежащее ограничительному толкованію.

Въ настоящее время господствующая теорія встрѣчаетъ противниковъ въ лицѣ нѣкоторыхъ ученыхъ, защищающихъ взглядъ, діаметрально противоположный только что изложенному примѣненію подлежитъ всегда новый законъ. Такъ особенно Биндингъ, Н. С. Таганцевъ, Піонтковскій и менѣе категорично Сергѣевскій [15]).

Съ точки зрѣнія строго юридической, этотъ послѣдній взглядъ представляется наиболѣе правильнымъ: государство,

---

зано не въ Code pénal, а въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ законодательныхъ актахъ и принято судебной практикой) и большинство ученыхъ: Garraud, I, § 28, Prins, № 75, Alimena, I, 222, 223; Wharton, I. § 30. Кистяковскій, § 73 и слѣд., Чубинскій, Мокринскій—ук. статьи, Liszt, 100 и др. Такъ уже Фейербахъ и Бернеръ и даже итальянскіе средневѣковые юристы.

13) Такъ австрійское уложеніе и проекты австрійскій и швейцарскій; изъ ученыхъ Bar въ Reform, I, 39, 40, Познышевъ, 95, пр. 1, изъ прежнихъ Kostlin, Seeger и особенно Лассаль Итальянскій кодексъ и нѣкоторые криминалисты (напр., Meyer-Allfeld, § 15, Manzini, I, № 144) просто отдаютъ предпочтеніе болѣе мягкому закону, не останавливаясь на томъ, что правило и что исключеніе.

14) Bekker. Theorie des heutigen Strafrechts I (1857 г) 194 и слѣд., 222 и слѣд.

15) Binding Normen, I (1890 г), § 25 Таганцевъ, I, № 71, Піонтковскій, 92, Сергѣевскій, 323, ср. 326, Trager—op. cit., Florian, I, 172 и слѣд Такъ уже Cicero in Verrem, II и Rein Schmidt въ отношеніи delicta naturalia.

не впадая въ самопротиворѣчіе, не можетъ примѣнять къ преступнику той мѣры репрессіи, которую оно само изданіемъ новаго закона признало ненадлежащей и замѣнило иной, лучшей· болѣе справедливой или вѣрнѣе ведущей къ цѣли. Это соображеніе имѣетъ одинаковую цѣнность, идетъ ли рѣчь о болѣе мягкомъ, или же о болѣе строгомъ новомъ законѣ, и взглядъ, принимаемый сторонниками второго варіанта господствующей теоріи (см. примѣч. 13) страдаетъ непослѣдовательностью не только законъ, понижающій наказаніе, представляетъ собою шагъ впередъ, новое завоеваніе разума, какъ утверждалъ, напр., Лассаль [16]), но и законъ, болѣе строгій, ибо законодатель, усиливая репрессію за то или другое преступленіе или за ту или иную форму преступности, напр.: за совершеніе преступныхъ дѣяній въ видѣ промысла, за рецидивъ, сводничество, прибѣгаетъ къ этому въ силу необходимости, руководимый чувствомъ справедливости и сознаніемъ пользы этихъ суровыхъ мѣръ для безопасности общества. Съ другой стороны, доводы въ пользу стараго закона неубѣдительны; они связаны съ теоріей психологическаго принужденія [17]) и ученіемъ о договорномъ происхожденіи государства: если наказаніе имѣетъ единственную цѣль создать противовѣсъ преступному влеченію, противопоставляя выгодѣ отъ совершенія деликта зло карательнаго послѣдствія, то наказаніе должно быть заранѣе извѣстно преступнику, чтобы онъ могъ сдѣлать сравненіе; точно такъ же на почвѣ договорной теоріи, отношеніе между преступникомъ и государствомъ, вытекающее изъ преступленія, конструируется, какъ частно-правовое, и за первымъ признается право на опредѣленное въ старомъ законѣ наказаніе (droit acquis) [18]). Съ паденіемъ обѣихъ этихъ теорій, разсматриваемое мнѣніе теряетъ точку опоры. Истинный размѣръ наказанія очень часто неизвѣстенъ преступнику, особенно при относительно-опредѣленной санкціи уголовнаго закона, а въ рѣдкихъ случаяхъ, когда преступ-

---

16) Lassalle. System der erworbenen Rechte, I, 47 (изд. 2)

17) Binding, Handb. I, 25.

18) Такъ Lassalle, op cit., 295–301. Chauveau et Hélie, I 59, Ortolan I, № 586, Бенжаменъ-Констанъ, Каррара и др.

никъ учелъ довольно точно послѣдствія своего дѣянія, не сбывшіяся его ожиданія при введеніи затѣмъ новаго болѣе строгаго закона не должны идти ему на пользу [19]), иначе изворотливость или расчетливость преступника создавали бы ему привилегію, какъ удачно задуманная сдѣлка Если же утверждаютъ, что послѣдствія всякаго факта нормируются закономъ, одновременнымъ послѣднему[20]), то это положеніе само нуждается въ доказательствахъ; въ области публичнаго права, напротивъ, новый законъ примѣняется къ отношеніямъ, возникшимъ до его изданія, но еще не завершившимся; послѣдствія факта опредѣляются новымъ закономъ· если, напримѣръ, послѣднимъ вводится новая экзаменаціонная программа, то и всѣ поступившіе въ школу прежде, должны для ея окончанія подчиниться новымъ требованіямъ; если устанавливается оплата процессуальныхъ бумагъ повышеннымъ гербовымъ сборомъ, то это постановленіе распространяется и на тѣхъ, кто уже началъ тяжбу [21]), вообще новые процессуальные законы распространяются и на дѣла уголовныя, возникшія прежде [22]), между тѣмъ вносимыя измѣненія, какъ подсудность суду иного состава или порядокъ исчисленія голосовъ для оправданія, по справедливому замѣчанію Трегера, могутъ еще больше измѣнить къ худшему судьбу обвиняемаго, чѣмъ

---

19) Противоположнаго мнѣнія проф Познышевъ, 95, Чубинскій, 12; Bar въ Reform, 40, проф. Пусторослевъ, 92, усматривающій въ прежней снисходительности закона ловушку, если слѣдовать теоріи Биндинга.

20) Такъ Листъ—l. c —говоритъ. „правовое положеніе дѣйствуетъ —означаетъ, что связываемыя имъ съ извѣстнымъ составомъ правовыя послѣдствія возникаютъ, лишь только есть этотъ составъ“ Въ этомъ смыслѣ и Беккеръ—l. c.

21) См. другіе примѣры у Таганцева, I, 68, 69, Binding'a Normen, I, 177.

22) Такъ communis opinio, см., напр : Prins, № 78, Ortolan, I, 253 и франц. практика; Chauveau и Hélie впрочемъ опасаются ухудшенія участи подсудимаго и принципіально противъ (Théor I, 58). Сѣв.-американская практика за примѣненіе новыхъ процессуальныхъ законовъ только въ случаяхъ, когда права обвиняемаго матеріально не умаляются. См. Wharton, I, § 31. Неточно объ этомъ Träger Сходное съ указаннымъ ограниченіе защищаютъ Чубинскій, 23; Мокринскій, 14

усиленіе наказанія въ новомъ законѣ [23]). Указываютъ далѣе на то, напр., проф. Мокринскій, что старый уголовный законъ устанавливаетъ не безсодержательное право государства на наказаніе, не наказуемость дѣянія вообще, а право лишь на опредѣленное наказаніе [24]) и что, если для примѣненія новаго закона все же требуютъ наказуемости и по старому, то это непослѣдовательно: одно изъ двухъ: или достаточно противорѣчія дѣянія правовой нормѣ, даже не охраненной карательной санкціей, и можно наказывать по новому закону и за дѣяніе, прежде не наказуемое, но запрещенное [25]), или же необходимо придавать значеніе и мѣрѣ наказанія по прежнему закону. При этомъ возраженіи упускаютъ изъ виду то различіе, что, при наказуемости дѣянія и по прежнему закону, рѣчь идетъ только объ измѣненіи уже существующаго притязанія государства къ преступнику въ отношеніи объема карательнаго права, если же дѣяніе не было наказуемо, то такое право и не возникало; объявляя наказуемымъ дѣяніе ex post, государство могло бы примѣнить наказаніе къ самымъ отдаленнымъ по времени поступкамъ человѣка, такъ какъ, не будучи преступными, они не погашены давностью [26]). Скорѣе, въ непослѣдовательности можно упрекнуть сторонниковъ примѣненія стараго уголовнаго закона, опираясь на значеніе не только наказуемости самой по себѣ, но и размѣра наказанія, они тѣмъ не менѣе допускаютъ исключеніе для новаго болѣе мягкаго закона, нарушая такимъ образомъ защищаемый ими принципъ [27]) Если это исключеніе хотятъ

---

23) Trager, § 12. Точно такъ же тяжесть наказанія зависитъ отъ порядка его исполненія, напр., режима данной тюрьмы (Träger, § 12; Піонтковскій, 96; Binding. Norm. I, 183.

24) Мокринскій, 7.

25) Этотъ выводъ и дѣлаетъ Träger (357), ограничивая его, впрочемъ, дѣяніями sua sponte scelerata, отвергаемыми нынѣ наукой. О непослѣдовательности Биндинга, вообще придающаго значенія запрещенности дѣянія нормой, которая, по его взгляду, можетъ существовать и до уголовнаго закона, Meyer-Allfeld, § 15, прим. 3.

26) См. Binding. Normen, I, 181.

27) Ortolan (I, № 586) объясняетъ это тѣмъ, что отъ вытекавшаго изъ прежняго закона права примѣнить болѣе строгое наказаніе государство можетъ отказаться. Сходно проф. Чубинскій, 16, 17.

оправдать соображеніями гуманности, то забываютъ, что новый болѣе строгій законъ, если онъ справедливъ и лучше служитъ защитѣ права, не можетъ разсматриваться, какъ выраженіе жестокости или безчеловѣчности [28]).

Тѣмъ не менѣе *взглядъ, согласно которому примѣняется болѣе мягкій законъ, заслуживаетъ предпочтенія*, по соображеніямъ политическимъ· онъ лучше обезпечиваетъ личность отъ такихъ усиливающихъ репрессію законовъ [29]), которые не вытекаютъ изъ указанныхъ уголовно-правовыхъ основаній, а продиктованы случайными обстоятельствами [30]), или, что еще хуже, партійной враждой или мстительностью, направленными противъ какого-либо класса Если нельзя не согласиться съ Н. С. Таганцевымъ [31]), что противъ этого никакой законъ, устанавливающій только что приведенный принципъ, не можетъ служить вполнѣ надежной гарантіей, то все-же наличность такого закона создаетъ извѣстное препятствіе осуществленію подобной политики, особенно если принципъ провозглашается въ основныхъ (конституціонныхъ) законахъ [32]), которые пользуются большимъ авторитетомъ и отмѣна которыхъ предполагаетъ болѣе сложный и болѣе обезпечивающій отъ страстности и необдуманности порядокъ. При этомъ условіи, можно непримѣнимость новой болѣе строгой кары къ прежде совершенному дѣянію разсматривать, какъ *публичное субъективное право преступника* [33]).

Иногда въ промежуткѣ между совершеніемъ дѣянія и рѣшеніемъ дѣла можетъ быть изданъ новый измѣняющій наказаніе законъ и

---

28) Trager (358) полагаетъ даже, что возможность распространенія новаго болѣе строгаго закона на прежде совершенныя дѣянія лучшій пробный камень его справедливости.

29) Иначе проф. Піонтковскій, 94. Ср. однако ниже примѣч. 39.

30) Такъ даже Сергѣевскій, 326.

31) I, 273, 274. Такъ и Трегерь, 360.

32) Такъ Норвежск. конституція 1814 г., французскія 1791 и 1793 г. и нѣкоторыхъ изъ С.-Америк. Штатовъ (См. Bishop, I, гл. XVII: the nullity of ex post facto Laws, Wharton, I, §§ 29, 30); Garçon, art. IV—34 („обычное публичное право во Франціи“).

33) Такъ особенно Мокринскій, 8 и 12—14 и Manzini, I, 232. Ср. Merkel-Liepmann, 347 (гдѣ аналогія съ частнымъ правомъ), Чубинскій, 13 (одностороннее обѣщаніе государства).

затѣмъ ко времени рѣшенія замѣненъ третьимъ. Для примѣненія промежуточнаго закона нѣтъ юридическаго основанія. онъ не существовалъ въ моментъ дѣянія, не существуетъ и въ моментъ рѣшенія. Однако и здѣсь слѣдовало бы отдать предпочтеніе этому закону, если онъ мягче двухъ другихъ[34]). подсудимый не долженъ пострадать отъ того, что производство дѣла затянулось и эта медленность не позволила ему воспользоваться преимуществомъ, которое давалъ промежуточный законъ[35]); тѣмъ болѣе, что проволочка могла быть вызвана искусственно Къ тому же быстрая смѣна законовъ свидѣтельствуетъ о недостаточной продуманности ихъ[36]), о сомнѣніяхъ въ раціональности того или другого наказанія, и примѣненіе болѣе мягкаго изъ нихъ по крайней мѣрѣ лучше оградитъ личность отъ случайныхъ экспериментовъ законодателя[37]).

Наше Улож. о нак. не регулируетъ вопроса о дѣйствіи уголовнаго закона во времени; этому посвящена 74 ст. Основн. зак., въ редакціи 1906 г., гласящая, что „никто не можетъ быть судимъ и наказанъ иначе, какъ за преступныя дѣянія, предусмотрѣнныя дѣйствовавшими во время совершенія сихъ дѣяній законами, если при томъ вновь изданные законы не исключаютъ совершенныхъ виновными дѣяній изъ числа преступныхъ". Но здѣсь не содержится опредѣленнаго запрета примѣнять къ прежде совершеннымъ дѣяніямъ новый болѣе строгій законъ, а только исключается возможность наказанія за дѣяніе, до новаго закона непреступное. Съ другой стороны, 89 ст. Осн. зак. не устраняетъ обратной силы любого новаго закона, если объ

---

34) Такъ итальянское и германское законодательства и французская практика Garraud, I, 323 (изд. 1913 г.); Ortolan, I № 588, Liszt, 101, Manzini, I, 238; Чубинскій, 20. Большинство противоположнаго взгляда (Таганцевъ, I, 282; Познышевъ, 97, Объясн. записка къ Проекту Угол. Улож.; мотивы къ норвежск. кодексу—Bittl. Entwurf. Strafges. f. Norwegien. 1907, 15. Merkel-Liepmann, 348, Wharton, I, § 30.

35) Правда, Трегеръ (378), полагаетъ, что подсудимый пострадалъ бы и отъ быстроты производства, ибо примѣненъ былъ бы старый, также болѣе строгій законъ, но это возраженіе обезцѣнивается возможностью смягченія и послѣ приговора (см. ниже).

36) Неправильно поэтому, какъ дѣлаетъ Трегеръ (379), считать именно промежуточный законъ неудачнымъ.

37) Manzini указываетъ еще, что новое усиленіе строгости вызывается обстоятельствами, отличными отъ тѣхъ, которыя вызвали введеніе болѣе мягкаго, чѣмъ старый, промежуточнаго закона. Но это возможно развѣ, какъ исключеніе.

этомъ постановлено въ послѣднемъ или если *постановлено*, что онъ есть только подтвержденіе или изъясненіе смысла прежняго, слѣдовательно хотя бы новый законъ на самомъ дѣлѣ и шелъ дальше легальнаго толкованія. Такимъ образомъ, при этихъ условіяхъ обратная сила можетъ быть придана и болѣе строгому закону спеціальнымъ упоминаніемъ о семъ, безъ нарушенія основн. законовъ, лишь бы дѣяніе и прежде было наказуемымъ (74 ст. Осн. зак. Св. зак. т. I, ч. 1).

При измѣненіяхъ законодательства, относящихся къ Улож. о нак., въ случаѣ молчанія о томъ издаваемой новеллы, вопросъ о дѣйствіи во времени подлежитъ разрѣшенію на основаніи *Указа 27 марта 1846 г.*[38]), *который* опредѣлилъ примѣненіе съ 1 мая 1846 г. къ дѣламъ, окончательно не рѣшеннымъ, вводившагося тогда Улож. о нак., но *установилъ исключеніе въ пользу старыхъ болѣе снисходительныхъ законовъ*. Что въ Указѣ 1846 г. высказанъ общій принципъ, подтверждается и позднѣйшей практикой· указомъ 28 марта 1875 г. о введеніи въ дѣйствіе Воинск. Устава о нак. 1875 г. и закономъ 18 мая 1855 объ измѣненіи наказаній по Уст. о ссыльн.

Ст. 14-я Уг. Ул. 1903 г. принимаетъ положеніе объ обратномъ дѣйствіи новыхъ законовъ, т. е. содержащихся въ самомъ этомъ кодексѣ, а также представляющихъ ихъ дальнѣйшее измѣненіе, но не дѣлаетъ изъятія въ пользу старыхъ болѣе мягкихъ законовъ; вмѣсто этого оно въ такихъ случаяхъ *предписываетъ смягчать наказаніе, опредѣленное въ новомъ законѣ, въ порядкѣ ст. 53, т. е. такъ, какъ, если бы судъ призналъ наличность смягчающихъ обстоятельствъ*. Но ст. 53 предоставляетъ суду очень обширныя полномочія по выбору мѣры смягченія, такъ что преступникъ можетъ быть иногда подвергнутъ наказанію болѣе строгому, чѣмъ по старому закону, иногда же болѣе мягкому, чѣмъ если бы къ нему былъ примѣненъ даже старый (болѣе мягкій) законъ.

Эта система, не одобряемая нашими криминалистами[39]), не можетъ быть оправдана соображеніями удобства

---

38) П. С. З. № 19980.

39) См. однако Піонтковскій, 95; Сергѣевскій, 326.

суда при оцѣнкѣ сравнительной тяжести наказанія или измѣненіемъ карательной системы въ Угол. Улож; измѣненіе это не столь существенно, взаимоотношеніе новыхъ и старыхъ наказаній могло бы быть указано въ законѣ, къ тому же предъ судомъ все-равно встаетъ тотъ же вопросъ, когда приходится рѣшать, слѣдуетъ ли обращаться къ порядку, установленному 53-й ст [40]).

3. Что касается момента, до котораго допустимо примѣненіе новаго закона, то въ наукѣ и законодательствахъ, а также въ судебной практикѣ преобладаетъ взглядъ, что *это моментъ окончательнаго рѣшенія дѣла*. Спорно только, можетъ ли инстанція, не рѣшающая дѣла по существу, а лишь контролирующая правильность примѣненія низшей инстанціей правовыхъ нормъ, т. е. кассаціонная или ревизіонная первая—обратить дѣло къ новому разсмотрѣнію въ этотъ низшій судъ, а вторая измѣнить приговоръ на основаніи новаго закона? Далѣе раздаются голоса и въ пользу примѣненія послѣдняго, если онъ болѣе снисходителенъ, даже къ лицамъ, уже отбывающимъ наказаніе на основаніи стараго закона [41]). Конечно, судебное рѣшеніе, вступившее въ законную силу, есть законъ по данному дѣлу, отношеніе, возникшее изъ преступнаго дѣянія между государствомъ и подсудимымъ, закончено разъ навсегда, но нельзя не назвать эту точку зрѣнія, поскольку она относится къ уголовнымъ приговорамъ, слишкомъ формальной [42]); ея не выдерживаетъ и дѣйствующее право, всюду знающее институтъ пересмотра приговоровъ, вступившихъ въ законную силу, въ интересахъ справедливости. Правда, среди обстоятельствъ, ведущихъ къ возобновленію уголовныхъ дѣлъ, не фигурируетъ измѣненіе закона, но можно ли признать справедливымъ продолженіе наказанія за дѣяніе, которое по новому закону не преступно или влечетъ болѣе мягкое наказаніе? Эта несправедливость признается отчасти нѣкоторыми законодательствами такъ, *итальянское распространяетъ новый законъ, отмѣняющій наказуемость даннаго вида преступленія, и на отбывающихъ уже наказаніе за такое преступленіе*. Въ этомъ

---

40) Объясн. записка отмѣчаетъ еще неудобства сохраненія старыхъ болѣе мягкихъ законовъ при измѣненіи диспозитивной части въ новыхъ законахъ, напр., если приняты болѣе общія формулы умышленнаго убійства, не различающія видовъ послѣдняго по прежнимъ законамъ, особенно, когда приходится редактировать вопросы присяжнымъ (I, 120, 121).

41) Обычно рекомендуется въ этихъ случаяхъ другой путь: помилованье. Такъ Binding. Handb., 241; Meyer-Allfeld, § 15—V, Піонтковскій, 97; Чубинскій, 19.

42) Такъ уже Lassalle, 1 c., 295; Кистяковскій, § 76. Нынѣ Мокринскій, 22—25, Florian, I, 172 и слѣд., Bar, I, § 35.

смыслѣ содержать постановленіе и наши Основные законы (ред. 1906 г.), въ ст. 74. Оно должно дать основаніе кассаціи всего производства, если бы отмѣняющій наказаніе законъ вступилъ въ силу во время кассаціоннаго производства.

Распространеніе болѣе мягкаго новаго закона, не отмѣняющаго однако наказуемости дѣянія, на случаи вступленія этого закона въ силу во время кассаціоннаго производства и особенно во время отбытія осужденнымъ наказанія, вызываетъ серіозныя затрудненія. Конечно, если кассаціонные жалоба или протестъ уважены, то, при новомъ разбирательствѣ дѣла въ низшемъ судѣ по существу, новый законъ подлежитъ примѣненію, но несоблюденіе его при первомъ разбирательствѣ не можетъ быть поводомъ кассаціи приговора (его тогда не было) и, если другіе поводы не уважены, приговоръ вступаетъ въ законную силу [43]) Правда, кассаціонному суду законъ можетъ предоставить право, несмотря на правильность приговора, измѣнять наказаніе (ревизія) или же возвращать дѣло въ низшій судъ для этого, но это въ сущности тотъ же вопросъ, что и о возможности смягченія наказанія, когда приговоръ уже обращенъ къ исполненію, и долженъ разрѣшаться на основаніи тѣхъ же соображеній. Затрудненіе и заключается именно въ томъ, что при относительно-опредѣленной санкціи суды часто не примѣняютъ высшей, а то и средней мѣры наказанія, въ виду излишней суровости закона, смягченіе наказанія по новому закону было бы вторичной, незаслуженной льготой, будь этотъ законъ при разбирательствѣ дѣла, судъ могъ бы и не выбрать минимума [44]) Такимъ образомъ приходилось бы, можетъ быть, черезъ нѣсколько лѣтъ повторять производство по существу для выбора мѣры наказанія, съ принятіемъ въ расчетъ новаго закона. Въ этомъ нѣтъ надобности только при чрезвычайномъ смягченіи рамокъ наказанія въ новомъ законѣ по сравненію со старымъ [45]), или же въ случаѣ присужденія къ максимуму наказанія, смягченному въ новомъ законѣ, или наконецъ при замѣнѣ вообще даннаго рода наказанія (напр., безсрочнаго лишенія свободы или тѣлесныхъ наказаній) болѣе мягкимъ или при отмѣнѣ или смягченіи нѣкоторыхъ дополнительныхъ мѣръ [46]), какъ полицейскій надзоръ [47]), пожизненное пораженіе правъ. Въ этихъ случаяхъ законодательство должно было бы усвоить принципъ распространенія этихъ льготъ и на осужденныхъ приговоромъ, не подлежащимъ даль-

---

43) Такъ господствующее мнѣніе и Норвежск. улож. См. Bar, I, 92, Contra Vidal, № 900.

44) См. Trager, 402—405, 414.

45) При незначительной разницѣ интересы осужденнаго страдаютъ не больше, чѣмъ при различіи въ выборѣ мѣры наказанія, наблюдаемомъ въ разныхъ составахъ судей.

46) Такъ Bar, l. c., Таганцевъ, I, 278, Піонтковскій, 97, Merkel, Ges. Abh. II, 168, Мокринскій, l. c. и друг.

47) Иначе французская практика (Garçon, art. IV—81, 85).

нѣйшему разсмотрѣнію по существу и на уже отбывающихъ наказаніе; въ первомъ случаѣ измѣненіе приговора можно было бы предоставить кассаціонному суду, во второмъ—суду, постановившему приговоръ, безъ новаго разсмотрѣнія дѣла по существу.

4. Сравненіе тяжести наказаній по старому и новому закону можетъ вызывать серіозныя затрудненія, если, напримѣръ, максимумъ новаго закона меньше, зато минимумъ больше, чѣмъ въ старомъ, или оба крайнихъ предѣла мягче, зато законъ предписываетъ дополнительныя наказанія: правопораженія, полицейскій надзоръ, или объективныя мѣры—уничтоженіе произведенія печати, конфискацію запрещенныхъ предметовъ, или уже намѣчаетъ предѣлы оправдывающихъ обстоятельствъ, напр., необходимой обороны, или расширяетъ наказуемую область, напр., караетъ и за покушеніе, или отмѣняетъ или сокращаетъ условія преслѣдованія, напр.: сроки давности, жалобы потерпѣвшаго, или устраняетъ само требованіе послѣдней. Совершенно неправильно суммировать льготы новаго и стараго закона [48]), это значитъ наказывать подсудимаго по закону, никогда не существовавшему Повидимому, при оцѣнкѣ строгости законовъ нельзя исходить только изъ сравненія основныхъ наказаній, *судъ долженъ* обратить вниманіе и на всѣ указанныя обстоятельства и *считать тотъ законъ болѣе мягкимъ, который въ данномъ случаѣ*, по соображеніи всѣхъ этихъ моментовъ, *больше облегчаетъ положеніе подсудимаго* [49]): если основное наказаніе мягче, но сопровождается болѣе интенсивнымъ правопораженіемъ или оно устанавливается только этимъ закономъ, то онъ все же можетъ быть признанъ болѣе суровымъ. Тотъ законъ, который шире опредѣляетъ

---

48) За это проф. Мокринскій, 15—19, а также нѣкоторые изъ прежнихъ французскихъ криминалистовъ (см. у Garçon, art. IV—69).

49) Такъ Таганцевъ, I, 231, Liszt, 101; Meyer-Allfeld, § 15—III; Janka-Kallina, § 18—III, Bar въ Reform, I, 39—40; Binding Handb § 57—III. Норвеж. мотивы (Bittl, 15) Manzini, I, 234 и слѣд. Нѣсколько иначе французскіе криминалисты (ср ниже прим. 50) Frank (къ § 2—IV) обращаетъ вниманіе прежде всего на основныя наказанія. Американская практика иногда предоставляла выборъ закона подсудимому (Wharton, I, 41, пр. 3) Сторонники примѣненія всегда новаго закона, безъ исключеній, видятъ въ трудностяхъ сравненія двухъ законовъ доводъ въ пользу своего взгляда (такъ Трегеръ, Піонтковскій)

границы обороны или не наказываетъ покушенія, мягче, если въ данномъ случаѣ были условія такой обороны или совершено только покушеніе. При различіи минимума и максимума (см. выше 1-й примѣръ) судъ долженъ рѣшить, къ какой мѣрѣ наказанія приговорить подсудимаго, минимальной, средней или высшей и сравнить, по какому закону выбранная, по обстоятельствамъ дѣла, мѣра мягче [50]).

5. Что касается давности, законодательства обыкновенно содержатъ опредѣленія, что *примѣняется тотъ законъ, который устанавливаетъ болѣе короткій срокъ давности* [51]). Это вполнѣ соотвѣтствуетъ господствующему принципу—отдавать предпочтеніе болѣе мягкому закону. *Такъ и наше Угол. Ул (ст. 14) и Указъ 27 марта 1846 г.* Дѣйствительно, при иномъ порядкѣ, подсудимый терялъ бы льготу безнаказанности, и основной принципъ приносился бы въ жертву. Вообще продолжительность срока не выбирается законодателемъ на основаніи точныхъ данныхъ объ утратѣ доказательствъ и трудности процесса [52]) или объ измѣненіи настроенія преступника и нераціональности наказанія; на все это, конечно, вліяетъ время, но нѣтъ опредѣленнаго масштаба для измѣренія необходимаго для этихъ послѣдствій количества его. Сроки давности всегда нѣсколько произвольны и условны, и нѣтъ основанія признавать за какимъ-либо изъ нихъ особое значеніе, какъ за выбраннымъ болѣе

---

50) Такъ Таганцевъ, 281 и криминалисты, указан. въ началѣ предыдущ. примѣч. Garçon, art. IV—70—75, Garraud, I, 325, Prins, № 76 считаютъ болѣе мягкимъ законъ, котораго maximum ниже, хотя бы минимумъ и былъ выше, ибо minimum допускаетъ пониженіе, благодаря смягчающимъ обстоятельствамъ (Prins), или же на томъ основаніи, что преступникъ могъ предвидѣть примѣненіе и такого наказанія, какъ лежащаго въ предѣлахъ прежняго закона (Garçon).

51) Противъ этого рѣшенія вопроса только нѣкоторые сторонники исключительнаго примѣненія новаго закона, какъ проф. Піонтковскій, 95, Träger, 374 и слѣд. и нѣкотор. указываемые имъ сторонники другого взгляда на дѣйствіе закона во времени.

52) При обоснованіи давности только этимъ соображеніемъ (такъ Биндингъ), имѣющимъ однако второстепенное значеніе, новый законъ о давности, какъ процессуальный, *всегда* подлежитъ примѣненію, хотя бы срокъ ея былъ длиннѣе Такъ Halschner, I, 127.

удачно; гораздо важнѣе обезпечить проведеніе указаннаго принципа. Наше Угол. Ул. распространяетъ упомянутое постановленіе ст. 14-й и на новые для нашего права виды давности: давность, до истеченія которой не постановленъ еще приговоръ (хотя бы преслѣдованіе было возбуждено), и давность, до истеченія которой постановленный приговоръ не былъ обращенъ къ исполненію (2 и 3 п. 68-й ст. Уг Ул.) [53]).

Болѣе спорнымъ представляется вопросъ, подлежитъ ли примѣненію требованіе закона относительно необходимости для уголовнаго преслѣдованія жалобы потерпѣвшаго, если это требованіе устанавливается только прежнимъ или только новымъ закономъ. Если его вводитъ послѣдній, то это создаетъ льготу для обвиняемаго возможно, что жалоба не поступитъ, и онъ не подвергнется наказанію Такимъ образомъ новый законъ подлежитъ въ этомъ отношеніи примѣненію, какъ болѣе снисходительный; такой же выводъ получимъ, разсматривая это требованіе закона, какъ процессуальное новый процессуальный законъ, согласно. общепринятому взгляду, *всегда* долженъ быть примѣненъ [54]). Законъ однако долженъ особо оговорить, что срокъ на принесеніе жалобы начинаетъ течь со дня вступленія этого закона въ силу, иначе окажется иногда, что потерпѣвшій, не ожидавшій новаго условія, уже пропустилъ срокъ. Если же жалоба требовалась прежнимъ закономъ и не требуется согласно новому, рѣшеніе вопроса дается различное, смотря по тому, признавать ли жалобу процессуальнымъ условіемъ или условіемъ наказуемости [55]); при первой точкѣ зрѣнія, должно примѣнить все таки новый законъ [56]), хотя совершившій такое преступленіе можетъ потерять шансъ на безнаказанность, который онъ имѣлъ при прежнемъ, предположивъ, что жалоба не была бы принесена При второй точкѣ зрѣнія, именно въ виду этого, слѣдуетъ признать старый законъ болѣе благопріятнымъ, и, въ случаѣ непринесенія жалобы въ установленный этимъ закономъ срокъ, дѣяніе ненаказуемымъ [57]) Если жалоба подана, то это не устраняетъ необходимости произвести сравненіе законовъ въ другихъ отношеніяхъ,

---

53) Ср. Пусторослевъ, 96. За это и Bar, I, 91

54) Если процессъ уже начатъ до введенія новаго закона, то по мнѣнію Binding'a (Handb., 255) и Trager'a, онъ не пріостанавливается изъ-за отсутствія жалобы; такъ и Норвежск. законодат. Bittl, 16

55) За послѣднее Bar, I, § 33.—Не дѣлаетъ различія Meyer-Allfeld, прим. 10 на 87 стр., рѣшая вопросъ всегда въ пользу требованія жалобы (прим. 11 на 88 стр.).

56) Такъ Liszt, 102, Binding, I, 254.

57) Если новый законъ удлиняетъ срокъ для принесенія жалобы, то примѣняется старый законъ Ср. Meyer-Allfeld—l. c.

чтобы рѣшить, какой изъ нихъ мягче [58]). Что касается вопроса, какая изъ указанныхъ точекъ зрѣнія заслуживаетъ предпочтенія, то казалось бы первая въ тѣхъ случаяхъ, когда законодательство не допускаетъ примиренія виновнаго съ потерпѣвшимъ, какъ напр., при изнасилованіи (см. ст. 157 Ул. о нак.), и вторая, когда примиреніе допустимо напр при обидѣ, клеветѣ. въ случаяхъ послѣдней категоріи государство наказываетъ только въ интересѣ частнаго лица [59]), тогда какъ въ упомянутыхъ выше оно только считается съ интересомъ потерпѣвшаго въ неоглашеніи дѣянія, такъ какъ огласка можетъ усугубить причиненный вредъ [60]).

Вопросъ можетъ возникнуть еще относительно распространенія мѣръ соціальной защиты, вводимыхъ новымъ закономъ, на преступниковъ, совершившихъ дѣяніе до этого закона. Австрійскій проектъ (§ 82) отвѣчаетъ утвердительно, усматривая въ большинствѣ упомянутыхъ мѣръ наказаніе (см. ниже главу IV), мы не можемъ согласиться съ этимъ постановленіемъ; оно умѣстно только для незначительной части этихъ мѣръ, дѣйствительно отличныхъ отъ наказанія преступникъ умалишенный, признанный опаснымъ, конечно, подлежитъ заключенію въ соотвѣтствующей больницѣ, хотя бы это предписывалъ только новый законъ.

---

58) На этотъ порядокъ ссылается проф. Мокринскій, какъ на случай суммированья благопріятныхъ постановленій обоихъ законовъ. Но дѣйствительное суммированье было бы только въ случаяхъ, когда *карательныя послѣдствія* опредѣлялись бы приговоромъ сразу по двумъ законамъ

59) Ср. Liszt, 199

60) Такъ и Указъ 27 марта 1847 г. и проф. Тауберъ de lege lata, но de lege ferenda онъ признаетъ жалобу процессуальнымъ условіемъ (Жалоба потерпѣвшаго 1909 г, 323, 373, 374)

ГЛАВА III.

Дѣйствіе уголовнаго закона въ пространствѣ и въ отношеніи лицъ. Выдача преступниковъ.

I. Территоріальный принципъ. II. Изъятія: 1. по началамъ государственнаго права (иммунитетъ народныхъ представителей); 2. по началамъ международнаго права (экстерриторіальность) III. Недостаточность территоріальнаго принципа. IV. Принципы національный, или личный, и реальный, какъ дополнительные. V. Космополитическій (универсальный) принципъ VI. Постановленія русскаго законодательства. VII. Выдача преступниковъ

Литература. Къ ц. II: проф. *Жижиленко.* О безотвѣтственности народныхъ представителей. 1909. „Право" за 1909 г. №№ 14, 15 и 18 (пренія по докладу проф. *Жижиленко* и сообщеніе бар. *Мейендорфа). Фонъ-Резонъ.* Объ особенныхъ правахъ выборныхъ членовъ Госуд. Совѣта и Госуд. Думы въ Ж. М Ю. 1909 г. №№ 7—9. *Люблинскій* Конституціонная или административная гарантія. 1913; и въ особенности *Шалландъ.* Иммунитетъ народныхъ представителей. 1911—1913 г., 2 тома, тамъ же богатыя указанія на литер. вопроса *Bar. Gesetz* und *Schuld,* I, 236 — 272, *Binding Handb.* I, § 140 — § 143. *Kleinfeller* въ *Vergl Darst*, I, 323. Къ ц. I—VI см. особенно *Bar*—ук соч. I, 100—235 и въ Reform, I, 42—65 *Hegler* Prinzipien d. internat, Strafrechts 1906. *Rohland.* Das internationale Strafrecht 1877 *Mendelssohn-Bartholdy* Das räumlich. Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes, въ V D, VI, 84—322. *Binding*—ук соч. § 78—§ 94, *Martitz.* Internationale Rechtshilfe in Strafsachen 1888. I. Liszt. Aufsätze, I, 90; *Meili.* Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprocessrechts. 1910. *Таганцевъ,* I, № 74 и слѣд. *Мартенсъ.* Современ. международ право 1900., т. II, *Листъ* Международное право (перев. проф *Грабаря).* 1909; у нихъ же, а также у *Bar*'а и *Mendelssohn-Bartholdy* богат. указан на литературу. Къ ц. VII. Кромѣ *Мартенса, Листа, Martitz*'а, также *Шалландъ* въ Ж Юрид. Общ 1896, № 10, *Фонъ-Резонъ* въ Ж. М Ю. 1903, № 9; *Люблинскій.* Международ-Съѣзды (доклады *Гарро* и *Липмана,* сдѣланные на Брюссельскомъ конгрессѣ Межд. Союза уг. пр. въ 1910 г.). *П. Е Казанскій.* Международн. право. 1904. Изъ болѣе старыхъ работъ—*Никольскій* о выдачѣ преступниковъ по начал международ права. 1884 Графъ *Комаровскій* въ „Русск. Мысли" за 1884 г., кн 1.

I. Уголовный законъ дѣйствуетъ на пространствѣ всей территоріи государства, за исключеніемъ частей его, имѣющихъ собственное уголовное законодательство (у насъ Финдляндія), и распространяется на дѣянія не только подданныхъ, но и иностранцевъ (Ст. 170 Ул. о нак. и ст. 4 и 3 п. 5 ст. Угол. Ул.).

Понятіе территоріи опредѣляется началами государственнаго и международнаго права

Слѣдуетъ отмѣтить, что суда подъ флагомъ даннаго государства разсматриваются, какъ плавающія части его территоріи, и преступное дѣяніе, совершенное на суднѣ въ открытомъ морѣ подлежитъ дѣйствію уголовныхъ законовъ этого государства [1]). Если же оно находится въ чужихъ территоріальныхъ водахъ [2]), напр., бухтѣ другой державы, то къ дѣяніямъ, совершеннымъ на борту судна, примѣняются законы государства, флагъ коего оно носитъ, только, если дѣяніе совершено между членами экипажа и не нарушаетъ безопасности и спокойствія порта, въ противномъ случаѣ оно подпадаетъ дѣйствію береговыхъ законовъ. Такъ Рѣш. 1872 г. № 1329, по дѣлу Сваэлоса [3]), и континентальная (французская) практика [4]). Англійское право признаетъ всѣ дѣянія, совершенныя на борту купеческихъ кораблей въ береговыхъ водахъ, подсудными англійскимъ судамъ и подлежащими рѣшенію по англійскимъ законамъ (или обычаямъ) [5]).

Вообще части моря, бухты и даже заливы, окруженные территоріей одного государства, также разсматриваются, какъ часть его территоріи. Береговымъ моремъ признается и открытое море на разстояніи 3-хъ морскихъ миль (5½ километр.) отъ берега.—Нынѣ упро-

---

1) См. примѣръ изъ англ. практ. у Мартенса, II, 412; неправильно однако видѣть здѣсь отступленіе отъ территоріальнаго принципа.

2) Для военныхъ кораблей изъятіе см. ниже.

3) Это рѣшеніе, какъ признакъ неподсудности русскому суду, устанавливаетъ условіе, чтобы лицо потерпѣвшее или начальникъ судна не обращались къ содѣйствію мѣстной (русской) власти.

4) Французск. законъ 20 окт 1833 г. Garraud (изд. 2-е), I, 273, 274) Такъ и Италія. (Manzini, I, 258) Ср. Мартенсъ, II, 406. Сходно Бельгія, см Prins, № 94 (подсудн. бельгійск. суду также, если дѣяніе прот. государств. безопасности).

5) Territorial Waters Jurisdiction Act (16 авг 1878 г)

чемъ, государства претендуютъ на большее разстояніе (12 миль), основываясь на дальности современнаго артиллерійскаго огня, по принципу: ibi finitur terrae potestas, ubi finitur armorum vis (такъ въ началѣ XVIII в. Бинскергукъ). Воздушное пространство надъ территоріей принадлежитъ къ послѣдней

II. Изъ указаннаго *территоріальнаго принципа* существуютъ *изъятія*, устанавливаемыя въ государственномъ и международномъ правѣ:

1. Согласно положеніямъ *государственнаго* права, не подлежатъ отвѣтственности уголовной·

а) монархъ въ своемъ государствѣ [6]),

в) члены законодательныхъ палатъ за совершенныя ими посредствомъ слова, при исполненіи своихъ депутатскихъ обязанностей въ нижней или верхней палатѣ, преступленія, напр.: за клевету, обиду, возбужденіе, пред. 129 ст. Угол. Ул. и т. п.

Такъ большинство государствъ (Англія—билль о правахъ 1689—Франція, Германія). Въ Финдляндіи, Даніи, Швеціи и нѣкот. друг. незначительныхъ государствахъ уголовная отвѣтственность за такія дѣянія сохраняется, но преданіе суду зависитъ отъ самой палаты.

Въ нашемъ уголовномъ законодательствѣ объ этомъ изъятіи не упоминается, поэтому вопросъ остается спорнымъ.

Въ пользу существованія безотвѣтственности (иммунитета) приводятъ ст. 14 Учр. Г'осуд. Думы, которая опредѣляетъ, что члены Думы пользуются полной свободой сужденій и мнѣній по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнью Думы, и не обязаны отчетомъ предъ своими избирателями. При сопоставленіи ст. 14 со ст. 79 Осн. Зак, гласящей: „каждый можетъ въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ, высказывать изустно и письменно свои мысли“, дѣлается выводъ, что свобода сужденій принадлежитъ народнымъ представителямъ въ большей мѣрѣ, чѣмъ обыкновеннымъ гра-

---

6) Ср. ст. 5 Осн Зак. „Особа Государя священна и неприкосновенна;“—принципъ еще римскаго права императорской эпохи „princeps legibus solutus est“, англійскаго права „the king can do no wrong“ (король не можетъ быть не правъ). На основ. французской конституціи, президентъ не пользуется этой привилегіей въ случаѣ haute trahison, понятіе послѣдней неизвѣстно *уголовному* праву Франціи.

жданамъ, т. е. безъ ограниченія предѣлами, установленными закономъ [7]). Не служитъ къ безусловному отрицанію этого вывода постановленіе ст. 22 Учр. Гос. Думы, согласно которому члены ея за преступныя дѣянія, совершенныя при исполненіи или по поводу исполненія обязанностей, лежащихъ на нихъ по сему званію, привлекаются къ отвѣтственности (въ особомъ порядкѣ); эта статья можетъ быть относима къ другимъ дѣяніямъ напр., лихоимству, подлогу [8]). Значительно сильнѣе аргументъ противъ безотвѣтственности, почерпаемый изъ конца 14-й ст.: „не обязаны отчетомъ предъ своими избирателями", что даетъ основаніе понимать свободу мнѣній и сужденій, о которой упоминается въ началѣ этой статьи, въ смыслѣ несвязанности членовъ Думы опредѣленными приказами—порученіями избирателей (императивными мандатами) [9]) *Сенатъ (Общ. Собр 1-го и Кассац. Департаментовъ 15 октября 1912 г) призналъ, что ст. 14 не даетъ иммунитета*

Что касается основанія и предѣловъ безотвѣтственности, то первое вытекаетъ изъ стремленія надѣлить членовъ законодательныхъ палатъ большей независимостью отъ представителей другихъ функцій государственной власти [10]).

---

7) Такъ Шалландъ, II, § 148 и слѣд. (иначе статья была бы излишня) и еще раньше Жижиленко (см. „Право", 1909 г., стр. 909 докладъ Петерб. Юрид. Общ.). Оба указываютъ также на ст 26 Учр. Гос. Сов., гдѣ та же привилегія, въ тѣхъ же выраженіяхъ, распространена только на выборныхъ членовъ Гос Совѣта. Фонъ-Резонъ (VIII, 89, пр. 2) указываетъ, что 14 ст. появилась раньше осн. зак. (79 ст.) и не можетъ быть ея дополненіемъ.

8) При отнесеніи ея къ клеветѣ, обидѣ и друг., гдѣ требуется частная жалоба и допускается примиреніе, подсудность Верховному Угол. Суду, обосновываемая ст. 22-й, и участіе прокуратуры, по мнѣнію Шалланда (II, 438, 432), представлялись бы противорѣчіемъ нашему процессуальному строю. Напротивъ, Сенатъ и Фонъ-Резонъ полагаютъ, что примиреніе невозможно, какъ при обидѣ, учиненной должностнымъ лицомъ (Ж. М. Ю. 1909, VIII, 92).

9) Такъ Фонъ-Резонъ и Сенатъ Фонъ-Резонъ (l c, 74 и слѣд.) опирается также на историческое толкованіе и видитъ въ 14 ст. воспроизведеніе 34 ст. Учр. Гос Совѣта прежняго устройства (до 1906 г.), гдѣ объ иммунитетѣ не могло быть рѣчи Contra Шалландъ, II, 412 и слѣд.

10) О различныхъ обоснованіяхъ см. у Шалланда, II, 1 и слѣд

Отсюда вытекаетъ, что безотвѣтственность не абсолютна: не будучи уголовно отвѣтственными, народные представители могутъ нести дисциплинарную отвѣтственность предъ соотвѣтствующей законодательной палатой, что выражается въ правѣ послѣдней исключить провинившагося депутата на нѣсколько засѣданій или на извѣстный срокъ [11]). Предѣлы безотвѣтственности указываются далѣе уже отмѣченными чертами: это только деликты, которые могутъ быть совершены посредствомъ слова (или письменнаго доклада, заключенія) и лишь при исполненіи обязанности [12]), напр., въ рѣчи, интерпелляціи, но не внѣ палаты и даже, хотя бы и въ послѣдней, но не въ частномъ разговорѣ [13]).

Спорно, даетъ ли иммунитетъ только личную безнаказанность или же устраняетъ противоправность дѣянія, въ первомъ случаѣ возможна оборона, зачетъ обидъ, если онъ вообще допускается правомъ, наказуемость соучастника. Въ этомъ смыслѣ Биндингъ, Листъ, въ противоположномъ (устраненіе противоправности) большинство. Это разногласіе имѣетъ весьма небольшое практическое значеніе, особенно при отрицаніи вообще права обороны противъ словесной обиды. Писатели, отрицающіе возможность реторсіи, наказуемаго соучастія и т. д. [14]) основываются иногда на томъ, что дѣяніе депутата не должно быть предметомъ судебнаго разсмотрѣнія, такъ какъ констатированіе судомъ преступленія умаляетъ престижъ депутата, хотя бы и не влекло наказанія. Но такое распространительное толкованіе, едва ли соотвѣтствуетъ цѣли иммунитета и заходитъ слишкомъ далеко [15]). Шалландъ (§ 46— 55 §) приводитъ, какъ господствующую, точку зрѣнія, согласно

---

11) Утвержденіе проф. Пусторослева, что эти мѣры и лишеніе свободы (? Ср. Шалландъ, I, 97) составляютъ особенное уголовное право, невполнѣ вѣрно даже для Англіи съ исторически сложившеюся судебной функціей Парламента.

12) Поскольку палата вышла за предѣлы своихъ полномочій, привилегія отпадаетъ. См. Binding, I, 674. Contra Шалландъ, 117 и 448. У насъ ст. 14 говоритъ: „по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнью Думы".

13) См. Шалландъ, II, 105; Bar, I, § 113 — § 115 (подробн. излож. вопроса). Въ Англіи и Бельгіи иммунитетъ распространяется и на частные разговоры депутатовъ въ зданіи парламента. Подтвержденіе депутатомъ внѣ Палаты сказаннаго тамъ остается преступленіемъ.

14) Bar, I, § 110, Kleinfeller, 332; Contra Liszt, 118; Meyer-Allfeld 102—103.

15) См. особенно Binding, I, 676, пр. 14.

которой, судъ не въ правѣ дать юридическую квалификацію дѣянію депутата [16]).

с) въ интересахъ освѣдомленности избирателей и населенія разрѣшаются и *отчеты* о преніяхъ, происходившихъ въ открытыхъ засѣданіяхъ законодательныхъ палатъ или коммиссіяхъ ихъ, если отчеты соотвѣтствуютъ истинѣ, хотя бы они содержали передачу такихъ заявленій или сужденій, которыя представляютъ собою словесныя преступленія [17]) При томъ же условіи разрѣшаются отчеты о засѣданіяхъ судебныхъ учрежденій и единоличныхъ судей [18]). Авторы отчетовъ, редакторы и издатели не подлежатъ уголовной отвѣтственности У насъ это примѣнимо, впрочемъ, только къ перепечаткѣ *оффиціальныхъ* отчетовъ засѣданій Гос. Думы (но не комиссій) и Совѣта съ подобнымъ содержаніемъ [19]).

2. На основаніи началъ, принятыхъ въ *международномъ* правѣ, не подлежатъ дѣйствію уголовныхъ законовъ страны.

а) иностранные монархи, а также регенты и президенты, пребывающіе въ этой странѣ, и ихъ семьи, поскольку они не сохраняютъ инкогнито, а также ихъ свита;

b) дипломатическіе представители, если они аккредитованы при данномъ государствѣ, таковы послы, посланники, лица, состоящія при иностранной миссіи, и ихъ

---

16) Нѣкоторые приравниваютъ къ словеснымъ деликтамъ такія дѣйствія (жесты, упущенія), которыя служатъ лишь выраженіемъ мнѣнія (Bar, § 112, Liszt, l. c. Шалландъ § 35), другіе считаютъ ихъ наказуемыми (Binding, I, 675). Binding—l. c.—не относитъ привилегію также къ выраженіямъ, представляющимъ подстрекательство къ дѣйствіямъ (напр., убійству) Contra Kleinfeller, 333, Bar, § 111, Шалландъ II, 150.

17) Bar, I, §§ 117, 118. Binding, I, § 142 Kleinfeller, 334 и слѣд. 341 и слѣд., Garraud, I, 289, пр. 5 (законъ 29 іюля 1881 г.).

18) Такъ англійское и французское право, при условіи bona fides. За ограниченія Kleinfeller, 347.

19) Рѣш. 1907 г. № 25. Такъ Шалландъ, II, 453 (ибо отчетъ долженъ быть одобренъ Предсѣдателемъ Думы, ст. 45 Учр. Гос. Д.) и 451, 452, указывающій на противоположное не обоснованное мнѣніе бар. С. Корфа. Едва ли можно согласиться съ мнѣніемъ проф. Шалланда, что безотвѣтственность можетъ вытекать изъ отсутствія умысла, если издатель не преслѣдовалъ преступныхъ цѣлей; и тогда возможенъ dolus eventualis. Для понятія клеветы цѣль также несущественна.

семьи [20]); представители Римскаго папы, члены постоянной палаты третейскаго суда и друг. постоян международныхъ комиссій [21]); консулы въ некультурныхъ государствахъ Востока; прочіе консулы не разсматриваются, какъ дипломатическіе представители;

c) экипажъ иностранныхъ военныхъ кораблей за преступленія, совершенныя на борту [22]) такого корабля, хотя бы во время пребыванія въ территоріальныхъ водахъ другого государства,

d) лица, принадлежащія къ иностраннымъ войскамъ, находящимся на территоріи другого государства, съ разрѣшенія послѣдняго

Всѣ эти привилегіи имѣютъ цѣлью оградить независимость, достоинство и престижъ указанныхъ категорій лицъ и устранить возможность политическихъ осложненій; онѣ основывались со временъ Гуго Гроція на фикціи внѣземельности (экстерриторіальности), согласно которой эти лица пребываютъ какъ-бы внѣ предѣловъ той территоріи, гдѣ они на самомъ дѣлѣ находятся [23]). Категоріи подъ литерами b, c, d—подлежатъ отвѣтственности по законамъ своей страны (См. ст. 5, п. 4 и 6 Угол. Улож. и 170, 171 и пр. къ ст 175 Улож. о нак.). Помѣщеніе посольства не пользуется экстерриторіальностью и не даетъ права убѣ-

---

20) Сюда же нѣкоторые (Meyer-Allfeld, 104; Liszt, 119) относятъ и прислугу этихъ лицъ, если она не состоитъ изъ подданныхъ государства, въ которомъ миссія аккредитована. Ср. Garraud, I, 292, 293 (принято для уголовнаго преслѣдованія испросить согласія посла), Prins, № 91; Binding, I, 687.

21) Prins, № 96 (со ссылкой на Rivier).

22) Но не на берегу, см. Manzini, I, 257.

23) Нѣкоторые разсматриваютъ экстерриторіальность, какъ основаніе неподсудности, придаютъ привиллегіи процессуальное, а не матеріально-правовое значеніе (основаніе ненаказуемости) и полагаютъ, что, по утратѣ званія, дававшаго привилегію, лицо можетъ быть наказано за прежнее дѣяніе по законамъ мѣста совершенія, если пребываетъ въ послѣднемъ Такъ Binding, I, § 143—I; Kleinfeller, 324. Contra Meyer-Allfeld, 104; Liszt, 119. Листъ однако признаетъ привилегію строго личной; дѣяніе остается преступнымъ, и соучастіе другихъ лицъ наказуемо (такъ и Binding, l. c., Bar. I, 237).

жища [24]); лица, совершившія тамъ преступное дѣяніе и не имѣющія указанныхъ привилегій, судятся по мѣстнымъ законамъ. Территоріальный принципъ получаетъ дополненіе въ силу особыхъ постановленій законодательства, основанныхъ на договорахъ съ Восточными некультурными государствами, именно: русскіе законы распространяются на преступныя дѣянія, совершенныя русскими подданными въ Персіи, Китаѣ, Турціи (до послѣдней войны), Кореѣ, Бухарскомъ ханствѣ (ст. 175 Улож. о нак. и 7 и 8 Угол. Улож.), а въ послѣднемъ также иностранцами христіанскаго исповѣданья (172, пр 2 Ул. о нак, 8 ст. Уг. Ул.); сходное постановленіе относительно Хивинск. ханства (8 ст., прим.)

III. Затрудненія вызываетъ вопросъ, насколько уголовные законы государства примѣнимы къ дѣяніямъ, совершеннымъ за предѣлами территоріи? Конечно, рѣчь идетъ не о примѣненіи этихъ законовъ органами даннаго государства на территоріи другого—это было бы недопустимымъ вторженіемъ въ суверенныя права послѣдняго, и не о примѣненіи судами второго государства чужихъ законовъ, что противорѣчило бы территоріальному принципу [25]), а о правѣ перваго наказывать по своимъ законамъ преступника, находящагося на его территоріи, но совершившаго преступное дѣяніе за-границей.

Если бы ограничиваться однимъ территоріальнымъ принципомъ [26]), пришлось бы отвергнуть такое право [27]), ибо

---

24) См. примѣръ изъ французской практики у Garraud, l. c.

25) Ср. Rohland, 43—45.

26) Такъ старая доктрина: Абеггъ, Кестлинъ, Манженъ и др.

27) Весьма близко къ этому англо-американское право, гдѣ примѣненіе своихъ законовъ къ дѣяніямъ, совершеннымъ за-границей, допускается въ видѣ рѣдкаго исключенія. Нѣкоторыя исключенія основаны на законѣ, нѣкоторыя на искусственномъ распространеніи территоріальнаго принципа. такъ, мѣстомъ совершенія признается мѣсто нахожденія объекта преступленія или мѣсто наступленія результата (напр., смерти жертвы); если онъ послѣдовалъ въ Англіи или же объектъ находится тамъ, то дѣяніе признается совершеннымъ на англійской территоріи, хотя бы преступный актъ былъ выполненъ за ея предѣлами. Такъ, далѣе: воръ, совершившій кражу не въ Англіи, но прибывшій туда съ похищеннымъ имуществомъ, признается продолжающимъ кражу въ Англіи. Если онъ англійско-подданный, то наказуемы

изъ этого принципа оно не вытекаетъ, а между тѣмъ оно въ извѣстныхъ случаяхъ должно быть признано, для того, чтобы дѣяніе не осталось совсѣмъ безнаказаннымъ. Единственнымъ выходомъ на почвѣ этого принципа была бы *выдача* преступника тому государству, гдѣ онъ совершилъ преступленіе. для наказанія его тамъ, согласно законамъ мѣста совершенія. Выдача, если бы она была всегда возможна, была бы даже наилучшимъ способомъ обезпечить наказаніе преступника и при томъ соотвѣтственно условіямъ среды, въ которой осуществилось преступное дѣяніе· анализъ этихъ условій и оцѣнка ихъ вліянія на преступника, находящая хотя и не полное выраженіе въ карательной санкціи закона этой страны, лучше всего могутъ быть сдѣланы на мѣстѣ преступленія [28]). Далѣе, и съ процессуальной стороны удобнѣе и больше обезпечиваетъ раскрытіе истины разсмотрѣніе дѣла судомъ мѣста совершенія дѣянія доказательства и улики обыкновенно здѣсь же подъ рукой, они могутъ быть представлены непосредственно суду, который выслушаетъ свидѣтелей, экспертовъ, произведетъ осмотръ мѣста, вещественныхъ доказательствъ и не будетъ вынужденъ судить на основаніи письменныхъ актовъ, составленныхъ другими судебными органами, передающихъ матеріалъ далеко не такъ точно, нерѣдко съ субъективнымъ освѣщеніемъ этихъ органовъ, и еще больше проигрывающихъ въ переводѣ на другой языкъ; между тѣмъ судъ другой страны, если бы дѣло было подсудно ему, могъ бы располагать почти исключительно такимъ письменнымъ матеріаломъ [29]) Но выдача преступниковъ не всегда возможна: иногда нѣтъ субъекта, требующаго выдачи: государство, въ которомъ совершено преступленіе, не проявляетъ интереса къ преслѣдованію преступника, или дѣяніе совершено на территоріи, никому пока не принадлежащей, напр.: при экспедиціи въ новыя страны, въ пустынѣ, или при условіяхъ, не позволяющихъ

убійство, измѣна, двоеженство по англійскимъ законамъ, хотя бы были совершены въ другой странѣ. См. Mendelssohn-Bartoldy, 250 и слѣд.

28) Martitz, I, 176 и 177, со ссылкой на Ламмаша, приводитъ еще тотъ аргументъ, что, чѣмъ дальше отъ мѣста преступленія, тѣмъ впечатлѣніе отъ него слабѣе и потребность въ возмездіи меньше.

29) Ср. Шалландъ, Ж. С. Пет. Юрид. Общ., 1896, X, 127.

установить мѣсто совершенія: напр., въ вагонѣ, циркулирующемъ между Брюсселемъ и Парижемъ; гораздо чаще выдача недопустима потому, что дѣяніе совершено своимъ подданнымъ, а принципъ невыдачи собственныхъ подданныхъ твердо усвоенъ практикой международныхъ отношеній и иногда прямо вносится въ законодательства. Отсутствіе тождества судебныхъ порядковъ и судебныхъ гарантій обвиняемаго, несходство многихъ деталей матеріальнаго права въ различныхъ странахъ, недовѣріе къ безпристрастію судебныхъ органовъ, на рѣшеніе которыхъ передается судьба иностранца[30]),—вотъ основанія принципа невыдачи, противъ которыхъ иногда раздаются голоса (напр., на Брюссельскомъ конгрессѣ М. С.)[31]), призывающіе къ объединенію уголовнаго права и процессуальныхъ порядковъ, называющіе эти основанія устарѣлыми, но, къ сожалѣнію, эти доводы блѣднѣютъ предъ печальными фактами столь близкой дѣйствительности.

Принципъ невыдачи собственныхъ подданныхъ и другіе случаи, когда выдача невозможна, доказываютъ недостаточность территоріальнаго принципа[32]) *и необходимость распространенія*

---

30) Это признаетъ и Martitz, l. c. См. также Фонъ-Резонъ Ж. М. Ю 1903 г., IX, 158, пр 1 Binding, I, 399.

31) Доклады Липмана (См. Люблинскій. Межд. Съѣзды, 99), Гарро, который впрочемъ, какъ переходную мѣру, предлагалъ выдачу, если государство само не можетъ наказать (ibidem, 104). См. еще Шалландъ, ук. статья, 120 и слѣд, справедливо отмѣчающій, что невыдача не вытекаетъ ни изъ уголовно-правовыхъ соображеній, ни изъ понятія подданства, а все зависитъ отъ ея цѣлесообразности. Но на этотъ вопросъ Шалландъ оптимистически отвѣчаетъ утвердительно. За выдачу собственныхъ подданныхъ Институтъ Междун. права (6-е постановленіе Оксфордск. Собран. 1880 г.) и Брюссельск. пенитенціар. конгрессъ 1900 г. (предложеніе Гарсона), Таганцевъ (I, № 89), Мартенсъ (II, 436), Листъ (Aufsätze, I, 97). Мѣстами принципъ невыдачи возведенъ въ конституціонный законъ подъ вліяніемъ исторической традиціи, что гражданинъ не можетъ быть изъятъ отъ подсудности естественнымъ судьямъ, извѣстное значеніе имѣло и предпочтеніе средневѣковой итальянской доктриной forum delicti commissi, съ которымъ впрочемъ конкуррировалъ иногда forum domicilii (подсудность по мѣстопребыванію). См. Шалландъ (86 и слѣд.), Martitz, 216.

32) Примѣромъ можетъ служить Англія, которая, придерживаясь, за нѣкоторыми исключеніями территор принципа, обставляетъ выдачу собствен. подданныхъ условіемъ взаимности или же толкуетъ конвен-

уголовнаго закона и на дѣянія, совершенныя за-границей, при условіи пребыванія преступника въ данномъ государствѣ Вопросъ только, въ какой мѣрѣ это необходимо?

Сознаніе указанной необходимости побуждало практику тѣхъ странъ, гдѣ слѣдовали только территоріальному принципу, а также первоначально и теорію создавать искусственные пріемы, чтобы удовлетворять потребностямъ жизни; изобрѣтали право государства примѣнять свой уголовный законъ по представительству со стороны того государства, гдѣ дѣяніе учинено, хотя такое представительство ни откуда не вытекало и противорѣчило непримѣнимости къ публично-правовымъ отношеніямъ началъ частнаго права, а также тому, что дѣяніе наказывали по своему закону, а не по закону государства—довѣрителя. Обезпечивали далѣе наказаніе своего подданнаго, учинившаго преступленіе за-границей, той фикціей, что оно тамъ совершено для обхода закона отечества, in fraudem legis, какъ будто выборъ мѣста совершенія опредѣлялся именно этимъ и какъ будто наказывали преступника именно за эту хитрость [33]).

IV. Первое и самое необходимое дополненіе должно заключаться въ признаніи подпадающими дѣйствію законовъ отечества дѣяній, совершенныхъ за-границей подданнымъ, затѣмъ возвратившимся на родину. Не выдавая его, мы должны наказать его у себя, и, конечно, по своимъ законамъ. Однако ненаказуемость или меньшая наказуемость [34]) на мѣстѣ совершенія должны имѣть то же значеніе и въ отечествѣ, т. е. вызывать или ненаказуемость или смягченіе наказанія, положеннаго въ отечественномъ законѣ. Это есть уже логическое слѣдствіе того, что обвиняемый не долженъ быть поставленъ въ худшія условія, чѣмъ за-границей. вѣдь именно во избѣжаніе такого ухудшенія его участи, преступника не выдаютъ; кромѣ того, живя въ чужой странѣ, человѣкъ испытываетъ на себѣ вліяніе ея быта, ея правового уклада, и обсужденіе дѣянія внѣ этой перспективы даетъ

ціи о выдачѣ ограничительно; континентальныя державы на взаимность обычно не соглашаются. Въ результатѣ Англія предоставляетъ убѣжище подданнымъ-преступникамъ и нынѣ Шире примѣняютъ выдачу подданныхъ Соединен. Штаты См. Martitz, 192 и слѣд., Bar, I, 117, Шалландъ, 98 и слѣд. О прежнемъ положеніи во Франціи Rohland, 27

33) См. Rohland, 26—39.

34) Стоитъ припомнить различія въ постановленіяхъ законодательствъ о согласіи потерпѣвшаго, оборонѣ, дуэли, сексуальныхъ преступныхъ дѣяніяхъ.

неправильную оцѣнку и дѣянія, и личности преступника (свойства и силы настроенія)[35]. Съ этими соображеніями отечество можетъ не считаться при наказаніи за преступленія, направленныя противъ важнѣйшихъ благъ самого государства, какъ его цѣлость, безопасность, финансовая или военная мощь, его строй. Безразличіе чужой страны къ этимъ благамъ нисколько не оправдываетъ подданнаго[36]).

Эти положенія обосновываютъ такъ называемымъ *національнымъ или личнымъ* принципомъ[36a]).

Его выводятъ изъ обязанности подданнаго повиноваться законамъ отечества и внѣ его (Bar), а иногда также изъ несовмѣстимости преступленія съ достоинствомъ гражданина (Bernei), или же обязанность соблюденія законовъ отечества основываютъ на поддержкѣ и защитѣ подданныхъ консулами и друг. дипломатическими представителями отечества (Эли), но послѣдняя точка зрѣнія должна была бы вести къ другимъ слѣдствіямъ лишенію званія гражданина или подданства или поддержки этихъ дипломатическихъ агентовъ[37]) Невозможно однако обойтись и однимъ національнымъ принципомъ: тогда нельзя было бы наказывать по нашимъ законамъ иностранцевъ, совер-

---

35) См. особенно Bar, I, § 48. Неправильно объясняютъ это Франкъ (35) и Hegler (84) тѣмъ, что наказывающее государство дѣйствуетъ въ интересѣ и по представительству государства мѣста совершенія. При сравненіи строгости законовъ отечественнаго и мѣста совершенія можно пользоваться пріемомъ, указаннымъ выше (стр. 69). Ср Bar, I, 164, 165 и докладъ Ролена Брюссельск Съѣзду Институт. Междун. права (Mend.-Bartholdy, 113).

36) Закономъ 27 іюня 1866 г. во Франціи установлена отвѣтственность франц подданныхъ за совершенныя за-границей дѣянія, при чемъ наказуемость по мѣсту совершенія имѣетъ значеніе условія наказуемости во Франціи только при менѣе тяжкихъ дѣяніяхъ (délits); въ Бельгіи подданные, совершившіе преступленіе противъ иностранца наказуемы, если дѣяніе принадлежитъ къ категоріи тѣхъ, за которыя допускается выдача, согласно конвенціямъ. Въ Германіи наказуемы подданные, совершившіе преступное дѣяніе за-границей; наказуемость и по мѣсту совершенія не требуется лишь при дѣяніяхъ монетныхъ и государств Ненаказуемость по мѣсту совершенія, съ точки зрѣнія большинства, не имѣетъ вліянія, если дѣяніе совершено въ безгосударственной территоріи (См. Frank, 36 и постановлен. Инст. Межд. права 1883 г.)

36a) Сторонники этого принципа Bar (op. cit.), Эли, Бернеръ и многие другіе (см. Rohland, 102), Ле-Пуатвенъ, Роленъ (Mend.-Bartholdy, 157).

37) Martitz, I, 128, Rohland, § 9

шившихъ у насъ преступное дѣяніе, а своего подданнаго слѣдовало бы наказывать по отечественнымъ законамъ и при нахожденіи его за-границей, что нарушало бы суверенитетъ другого государства и практически было бы невыполнимо.

Но и соединеніе національнаго принципа съ территоріальнымъ недостаточно: тогда можетъ быть наказанъ иностранецъ и русскій за преступленіе, совершенное въ Россіи, русскій, учинившій преступленіе за-границей и вернувшійся въ отечество, но какъ быть въ другихъ возможныхъ случаяхъ, когда *иностранецъ* совершитъ преступленіе за-границей и затѣмъ окажется въ Россіи? Его, правда, можно выдать другому государству, но что дѣлать, если послѣднее не требуетъ выдачи или даже заинтересовано въ безнаказанности преступника, посягнувшаго на благо враждебнаго государства, или, если неизвѣстно, гдѣ дѣяніе совершено?[38]) Иностранца можно выслать, но если задѣто благо даннаго государства, какъ обезпечить за-границей наказаніе высланнаго?[39]) Снова необходимо распространить уголовный законъ на дѣяніе, совершенное за-границей, но уже не своимъ подданнымъ. Эта необходимость существуетъ именно тогда, когда посягательство совершенно на благо карающаго государства. Это положеніе выводятъ изъ такъ называемаго *реальнаго* принципа или, иначе *пассивно-національнаго*, *защитительнаго* (Биндингъ, Роландъ). Подъ этими благами можно подразумѣвать принадлежащія какъ непосредственно государству[40]), такъ и его подданнымъ.[41])

38) Мартицъ (86 и слѣд.) указываетъ еще на одну возможность невыдачу вслѣдствіе неполноты или неясности конвенцій о выдачѣ или несовпаденія составовъ преступленія, по которому заявлено требованіе, въ кодексахъ требующаго и выдающаго государствъ (см. ниже)

39) Въ этомъ отношеніи пользу реальнаго принципа принужденъ признать даже главный противникъ Bar (I, 121, пр. 41).

40) Такъ франц. законъ 1866 (относитъ сюда и поддѣлку монеты и банковыхъ билетовъ). Сходно германск. кодексъ § 4—1 (hochverräterische Handlungen, напр., посягательство на герман. императора; упоминаетъ и о преступленіяхъ иностранцевъ на германской государствен. службѣ за-границей). Дальше идетъ Итальянск. улож. (ст. 4 и 6), наказывающее иностранца (со смягченіемъ), если дѣяніе, совершенное за-границей, влечетъ не менѣе одного года лишенія свободы.

41) Такъ Rohland и Binding, I, 391; прежде послѣдній въ отличіе отъ этого пониманія реальнаго принципа (на національной основѣ)

будетъ ли то составленіе сообщества для ниспроверженія его строя, поддѣлка его документовъ или убійство его подданаго, государство не можетъ не обезпечить наказанія преступника —иностранца, а для этого, если онъ во власти этого государства, наиболѣе надежный способъ судить и наказать по своимъ законамъ. Иногда возражаютъ, что иностранецъ не знаетъ этихъ законовъ и содержащихся тамъ запретовъ, поэтому не можетъ быть виновенъ въ ихъ нарушеніи, что норма не можетъ адресоваться къ иностранцамъ; что наказаніе ихъ не можетъ быть обосновано ни цѣлью устрашенія, ни цѣлями обезвреженья или исправленія (такъ Bar)[42] Но реальный принципъ не имѣетъ въ виду безграничной отвѣтственности иностранцевъ, напр., за ничтожные деликты, а при болѣе тяжкихъ преступленіяхъ, преступность дѣянія вытекаетъ изъ законовъ какъ его отечества, такъ и мѣста совершенія, знаніе которыхъ обычно предполагается[43], рѣчь можетъ идти только о неполномъ соотвѣтствіи законовъ этихъ государствъ и того, благо котораго было объектомъ

полагалъ, что норма защищаетъ блага, находящіяся на территоріи государства, ее издавшаго (реальн принц. на пространствен. основѣ). Сторонники реальнаго принципа также Hegler, Mendels-Bartholdy. Особенность ученія заключается въ его *односторонности*, въ стремленіи вывести наказуемость своего подданнаго за преступленіе, совершенное за-границей изъ реальнаго принципа, хотя бы оно направлялось на иностранное благо (См. особ. Binding, I, 395 и Mend.-Bartholdy, 163: реальный принципъ поглощаетъ всѣ остальные) См о неправильности этого взгляда Martitz, I, 49, Шалландъ, 110, пр. 1.

42) Такъ особенно Bar (I, § 44) въ достиженіи указанныхъ цѣлей наказанія, по мнѣнію Bar'a, нѣтъ для государства интереса, если это иностранецъ. Съ точки зрѣнія возмездія, полагаетъ (неправильно) Martitz (114), зналъ ли онъ норму, безразлично. Баръ опасается далѣе дипломатическихъ осложненій (дѣло Куттингъ; о немъ см. подробно у Mend.-Bartholdy), практической невыполнимости суда надъ иностранцемъ, если мѣсто совершенія его отечество и оно не окажетъ содѣйствія въ доставленіи процессуальнаго матеріала, наконецъ недоразумѣній, въ случаѣ, когда дѣяніе затрагиваетъ интересы нѣсколькихъ государствъ, напр., подожженный домъ принадлежитъ нѣмцу, а застрахованъ во французскомъ обществѣ. По Биндингу, сомнѣніе, рѣшается въ пользу обвиняемаго (I, 390).

43) Если допускается ссылка на error juris (см. ниже), то она возможна и въ этомъ случаѣ, справедливо замѣчаетъ Binding (I, 389).

посягательства, это несоотвѣтствіе должно быть принято во вниманіе. какъ при національномъ принципѣ [44]). Остается небольшое число преступленій, не наказуемыхъ въ мѣстѣ совершенія; если они направлены противъ частныхъ лицъ, то, согласно сейчасъ сказанному, иностранецъ не будетъ за нихъ наказанъ, если же противъ государства, то за нѣкоторыя онъ не подлежитъ отвѣтственности, такъ какъ субъектомъ ихъ можетъ быть только свой подданный, напр., измѣна. что касается другихъ, то преступность ихъ должна быть понятна иностранцу, такъ какъ и въ его отечествѣ или въ государствѣ, гдѣ онъ ихъ совершаетъ, существуютъ такія же по составу наказуемыя дѣянія, съ тѣмъ отличіемъ, что объектомъ ихъ служатъ соотвѣтствующія блага своего государства (строй его, его документы и т. п [45])). Любопытно, что и противники реальнаго принципа какъ разъ въ этихъ случаяхъ находятъ нужнымъ для государства распространить свой законъ на иностранца [46]).

Нѣсколько иной характеръ получаетъ реальный принципъ у Hegler'a (l. c) и Mendelssohn-Bartholdy (315)· дѣйствуетъ ли законъ только территоріально или и лично или въ отношеніи всякаго субъекта, т е. и иностранца, зависитъ отъ редакціи и толкованія отдѣльныхъ законовъ и свойства защищаемаго интереса. Если законодатель самъ укажетъ элементы связей—мѣсто совершенія, подданство и т. д. при отдѣльныхъ деликтахъ или общимъ образомъ, то это лишь легальное толкованіе; но онъ самъ компетентенъ, независимо отъ другихъ государствъ опредѣлить свою компентенцію (Competenz—Competenz) См. возраженія Bar'a (Reform I, 51).

V. Но нельзя идти еще дальше и наказывать по своимъ законамъ иностранца, совершившаго преступленіе за-границей, но противъ благъ, не имѣющихъ отношенія къ государству, въ предѣлахъ котораго пребываетъ обвиняемый.

---

44) См выше стр. 83 и Rohland, 118, пр. 1. Баръ (121, пр. 40) видитъ въ условіи наказуемости по мѣсту совершенія противорѣчіе реальному принципу.

45) См. Rohland, 118 и слѣд.

46) Bar. I, § 49. Противъ этого и рѣшительно противъ реальнаго принципа Познышевъ, 104. Сходно съ Баромъ принятое, по предложенію его и Brusa, въ 1883 г постановленіе (8) Инст. Междун. пр. (если дѣяніе угрожаетъ существованію государства и не предусматривается закономъ мѣста совершенія).

Этого требуетъ *космополитическій, или универсальныи* принципъ, поддерживаемый нѣкоторыми учеными (Молемъ, Каррара, Фіоре, у насъ Н. С. Таганцевымъ, Сергѣевскимъ). Согласно этому принципу преступленіе, гдѣ бы оно ни было совершено, кто бы его ни совершилъ и противъ какого бы блага оно ни было направлено, представляетъ собою посягательство на правовой порядокъ, общій всѣмъ государствамъ, или даже, по взгляду прежнихъ юристовъ, на естественное право, на абсолютную справедливость, представителями которой служатъ отдѣльныя государства[47]). И то, и другое лишено реальнаго основанія всемірнаго правового порядка не существуетъ, а только правовой порядокъ каждаго государства въ отдѣльности. Защита его посредствомъ наказанія умѣстна лишь настолько, насколько она необходима, насколько есть извѣстная связь между государствомъ и преступнымъ дѣяніемъ. Такая связь устанавливается принадлежностью субъекта послѣдняго къ подданнымъ или принадлежностью блага или совершеніемъ дѣянія на данной территоріи; но нѣтъ никакой необходимости для государства примѣнять наказаніе, что связано съ затратой силъ его органовъ и съ издержками, если преступникъ и его дѣяніе ни въ какомъ отношеніи къ этому государству не состоитъ, только по случайному основанію, что онъ пребываетъ въ предѣлахъ территоріи И въ области преслѣдованія преступленій примѣнимо раздѣленіе труда[48]). Здѣсь достаточно выдать иностранца заинтересованному государству или выслать. Обычно, впрочемъ, универсальный принципъ рекомендуется,

---

47) См. Rohland, § 3. Оригинальное обоснованіе у Brusa: преступленіе какъ-бы слѣдуетъ за преступникомъ, ossibus inhaeret· важенъ соціальный эффектъ дѣянія, который на лицо и въ мѣстѣ пребыванія ненаказаннаго преступника. См еще Bar, I, 126, ср. Mend.-Bartholdy, 146 и слѣд. О нравственномъ потрясеніи, вызываемомъ во всемъ мірѣ тяжкими преступленіями, какъ объ основаніи универсальной теоріи говоритъ и Н. С Таганцевъ (I, № 83). Сторонниковъ эта теорія имѣетъ больше среди интернаціоналистовъ. У насъ къ нимъ принадлежитъ Шалландъ (указ. статья).

48) Rohland, 22 См. еще возраженія у Mend.-Bartholdy (l. c.), Bar, 127, 128, Meili, § 25, Garraud, I, № 157.

какъ субсидіарный: на случай невозможности выдачи[49]), но и тогда остается возможность высылки.

Соединеніе принциповъ территоріальнаго съ національнымъ и реальнымъ въ различныхъ пропорціяхъ принято во многихъ законодательствахъ (Улож. о нак., французскомъ, германскомъ, итальянскомъ). За это Мартенсъ, Майли, Гарро, Гуго-Мейеръ[50]), называющій это сочетаніе — принципомъ заинтересованнаго правопорядка. При этомъ часто въ отношеніи преступленій, совершенныхъ за-границей, для начала уголовнаго преслѣдованія выдвигаются еще процессуальныя требованія, законъ скорѣе устанавливаетъ право, чѣмъ обязанность наказанія[51]).

Космополитическій принципъ принятъ, съ извѣстными ограниченіями, въ нѣкоторыхъ законодательствахъ: такъ, въ нашемъ Угол. Ул., Итальянскомъ, Норвежскомъ и Венгерскомъ кодексахъ.

Въ Италіи универсальный принципъ имѣетъ субсидіарное значеніе въ случаѣ невозможности выдачи, иностранецъ подлежитъ (смягченному) наказанію за преступное дѣяніе противъ иностранца, если притомъ оно влечетъ не менѣе трехъ лѣтъ лишенія свободы (ст. 6, ч. 2). Въ Венгріи требуется наказуемость и по мѣсту совершенія (§ 9—§ 12) То же условіе въ Норвежскомъ улож., субсидіарность устанавливается только мотивами[52]) Указанныя уложенія ставятъ еще нѣкоторыя процессуальныя условія (жалобу потерпѣвшаго, предложеніе прокурора и т. п.).

Дѣйствительно международными преступными дѣяніями, посягающими на блага международнаго общенія и человѣчества и подлежащими поэтому дѣйствію законовъ всякаго государства, во власти котораго находится преступникъ, слѣдуетъ признать морской разбой (пиратство), торговлю невольниками и дѣвушками. Подробнѣе см. въ международномъ правѣ[53]).

---

49) Такъ Таганцевъ, Моль, Фіоре (См. Rohland, 19, Martitz, 110). У Ортолана универсальный принципъ сводится къ сочетанію территор, личнаго и реальнаго. Послѣдній принципъ разсматриваетъ, какъ регуляторъ универсальнаго, и Martitz

50) Meili, l c, Meyer-Allfeld, 93. Такъ по существу и Піонтковскій.

51) Bar, I, § 84.

52) Bittl, 27—31.

53) Напр., Meili, § 25

VI. Наше *Улож. о нак.*, провозгласивъ въ ст 170 территоріальный принципъ, даетъ выраженіе принципамъ національному и реальному въ ст. 173, 174 и 172:

а) *русскіе подданные* подлежатъ за преступленіе, совершенное за-границей, наказанію по Улож. о нак. не на одинаковыхъ основаніяхъ, въ зависимости отъ того, было ли дѣяніе направлено противъ правъ Державной власти *Россіи*, или цѣлости, безопасности или благосостоянія ея или же правъ *русскаго* подданнаго (ст. 173); или же преступленіе было учинено противъ правъ Верховной власти *иностранной* державы или *иностранно-подданныхъ* (ст. 174) въ первомъ случаѣ (ст. 173) наказуемость безусловная, во второмъ (ст. 174) требуется, чтобы или преступникъ былъ выданъ Россіи, или же, если онъ добровольно здѣсь пребываетъ, чтобы на него поступили жалобы или обвиненія, далѣе, именно въ этомъ случаѣ предписывается, если наказаніе меньше по закону мѣста совершенія, смягчать наказаніе по соразмѣрности. Слѣдовательно ненаказуемость на мѣстѣ преступленія исключаетъ примѣненіе къ дѣянію Улож. о нак.

b) *иностранно-подданные* подлежатъ дѣйствію Улож. о нак. за преступныя посягательства, совершенныя внѣ Россіи, если они направлены были на права Державной власти ея или на права русско-подданныхъ. Законъ (172) не упоминаетъ здѣсь о посягательствахъ на „цѣлость, безопасность или благосостояніе Россіи“, какъ при преступленіяхъ русско-подданныхъ.

c)Космополитическій принципъ принятъ лишь, поскольку объ этомъ имѣются международные договоры (прим. 1, ст. 172).

Угол. Улож. примѣняется къ дѣяніямъ (внѣ Россіи):

а) *россійскихъ подданныхъ* всегда, если оно тяжкое преступленіе или преступленіе (по терминологіи Угол. Ул., см. ст. 3, и ниже главу VI настоящ труда), если же оно—проступокъ, то лишь, когда наказуемость его, въ случаѣ совершенія внѣ Россіи, предусмотрѣна заключеннымъ ею международ договоромъ. Въ общемъ—принципъ личный (ст. 9, ч. 1),

b) *иностранцевъ*—всегда, если дѣяніе *тяжкое* преступленіе (*принципъ универсальный*); если же преступленіе, то лишь

такое, которое представляетъ собою посягательство на права русско-подданныхъ или доходы россійской казны, или же такое, наказуемость котораго, въ случаѣ совершенія внѣ Россіи, предусмотрѣна договоромъ; наконецъ, если дѣяніе проступокъ, то лишь при наличности того же условія (договора); въ общемъ—принципъ реальный (ст. 9, ч 2).

Угол Улож. ставитъ, какъ общее условіе для примѣненія своихъ постановленій, будетъ ли то дѣяніе русскаго или иностранца, воспрещенность (а не наказуемость)[54] этого дѣянія закономъ мѣста совершенія (ст. 10, п. 1). Меньшая наказуемость въ послѣднемъ разсматривается, какъ смягчающее обстоятельство (ст. 10; ст. 53). Но при тяжкихъ политич. преступленіяхъ, особо перечисленныхъ (ст. 11) эти условія и льготы теряютъ значеніе.

Угол. Улож. особо регулируетъ, сходно со многими иностранными кодексами и въ соотвѣтствіи съ заключенными Россіей договорами и съ нашей судебной практикой (на почвѣ не содержащаго о семъ постановленій Улож. о нак.), слѣдующіе случаи:

---

54) Не говоря уже о неточности—воспрещенность имѣется въ виду *подъ страхомъ наказанія*, тогда какъ въ текстѣ закона это не высказано,—практическіе выводы получаются иные. такъ, если дѣяніе, по закону мѣста совершенія погашено давностью или помилованіемъ, или ненаказуемость вытекаетъ изъ иммунитета народнаго представителя (если это основаніе ненаказуемости, а не отпаденія преступности, см. выше стр. 77), то, несмотря на это, можно подвергнуть отвѣтственности даже иностранца, что, при космополитическомъ принципѣ въ Угол. Улож., совсѣмъ уже неумѣстно и вообще непослѣдовательно, ибо освобожденіе отъ наказанія по тѣмъ же причинамъ въ силу приговора, постановленнаго въ мѣстѣ преступленія, служитъ препятствіемъ для преслѣдованія у насъ См. мнѣніе проф. Фойницкаго (Объясн. Записка къ Уг. Ул., I, 66), возраженія (ibid.) Неклюдова, Таганцева, Случевскаго, Розина, прямо принимавшихъ выше отмѣченные выводы, въ виду затруднительности опредѣленія условій давности, обороны, наказуемости малолѣтнихъ, по иностранному закону, неубѣдительны; въ самомъ дѣлѣ, съ послѣднимъ приходится считаться при оцѣнкѣ сравнительной тяжести наказаній, въ виду ст 10, ч. 2, а оборона исключаетъ именно противоправность, т. е. воспрещенность дѣянія. См. также выше, прим. 34 „Принципъ справедливости стоитъ выше принципа упрощенія“, говоритъ Bar (Reform, I, 52, 53) по поводу сходныхъ постановленій новаго германскаго проекта, доходящихъ даже до непризнанія иностраннаго оправдательнаго приговора.

a) наличность вошедшаго въ законную силу приговора иностраннаго суда объ оправданіи или освобожденіи отъ наказанія (напр., въ силу давности) за инкриминируемое дѣяніе. Нашъ законъ непримѣнимъ (ст. 10, п. 2), приговоръ имѣетъ силу и для русскихъ судовъ—осуществленіе принципа „ne bis in idem“ [55]). Ограниченіе установлено (ст. 11) для приговоровъ по обвиненіямъ въ наиболѣе тяжкихъ политическихъ преступленіяхъ; такіе приговоры не препятствуютъ уголовному преслѣдованію въ Россіи. Кругъ этихъ дѣяній очерченъ шире для русскихъ подданныхъ, чѣмъ для иностранцевъ, такъ какъ послѣдніе, пребывая за-границей, не могутъ быть субъектами такихъ преступленій, какъ измѣна и т. п.;

b) отбытіе наказанія за-границей полностью или частично; въ первомъ случаѣ преступникъ совсѣмъ не подлежитъ отвѣтственности [56]), во второмъ наказаніе смягчается, какъ при наличности смягчающихъ обстоятельствъ (ст 10, ч. 2, ст. 53). Ограниченіе, какъ и выше подъ a, для тѣхъ же преступленій;

c) послѣдствія отбытаго за-границей наказанія опредѣляются въ отношеніи *русско-подданнаго* ст. 12 Угол. Ул.. если дѣяніе каралось у насъ не ниже, чѣмъ каторгой, то *судъ* назначаетъ лишеніе правъ (по ст. 25, 28—31, 34 35) [57]),

---

55) См. объ этомъ подробнѣе Bar, I, 193 и слѣд. и выше прим. 54, далѣе Фойницкій, Курсъ угол. судопр. 1912 г. I, 63, II, 39. Люблинскій. Межд. Съѣзды, 306 и слѣд. Обвинительный приговоръ, за которымъ не послѣдовало отбытіе наказанія, не подлежитъ исполненію въ другомъ государствѣ, гдѣ преступникъ пребываетъ, осужденный за-границей иностранецъ можетъ быть высланъ; подданный подлежитъ отвѣтственности на общихъ основаніяхъ, какъ если бы иностраннаго приговора не было. Но иностранный обвинительный приговоръ можетъ быть положенъ въ основу признанія мѣстнымъ судомъ рецидива при обвиненіи въ преступленіи обще-уголовномъ (такъ Вашингтонскій пенитенціарн. конгрессъ 1910 г., Норвежск. улож., Швейцарск проектъ и большинство ученыхъ. См. Люблинскій, l. c.).

56) Такъ и рѣш. 1892/36 (по дѣлу Іолко), со ссылкой на опредѣленіе 1-го Департ. Сената (отъ $18^{71/72}$) по дѣлу Никитченкова; нынѣ рѣш. Общ Собр. 1910 г. № 16 Нѣкоторыя законодательства допускаютъ зачетъ отбытаго наказанія.

57) Сходно Парижскій (1895 г.) и Вашингтонскій пенитенц. конгрессы, резолюція послѣдняго распространяетъ особый процессъ по поводу

а если это было прест., пред. 99—102 ст. Уг. Ул., то сверхъ того и ссылку на поселеніе.

d) Если преступное дѣяніе, учиненное противъ иностраннаго государства, относится къ числу такихъ, по коимъ выдача не допускается (10, п. 4), преступникъ не подлежитъ отвѣтственности и по Угол Улож.

VII. Въ связи съ вопросомъ о дѣйствіи уголовнаго закона въ пространствѣ находится другой—о *выдачѣ* преступниковъ, хотя это институтъ, скорѣе опредѣляющій не сферу наказуемыхъ дѣяній, а порядокъ осуществленія карательнаго права заинтересованнымъ государствомъ, когда преступникъ находится въ предѣлахъ другого государства, институтъ международнаго и процессуальнаго характера[58]). Выдача есть актъ судебной помощи[59]), оказываемой однимъ государствомъ другому, въ интересахъ борьбы съ преступностью, и состоящій въ передачѣ преступника государствомъ, на территоріи котораго онъ находится, другому, имѣющему интересъ въ наказаніи этого преступника, какъ совершившаго посягательство на его блага или на его территоріи или какъ подданнаго. Требованіе можетъ имѣть въ виду преступника уже осужденнаго, но ускользнувшаго отъ наказанія, или же только обвиняемаго въ преступленіи. Выдача основывается на договорахъ (конвенціяхъ), или на началахъ взаимности и сообразуется съ ними, а также съ законами выдающаго государства. Такой экстрадиціонный законъ изданъ у насъ 15 декабря 1911 г. (Уст. Угол. Судопр. $852^{1—25}$ [60]).

лишенія правъ (action en déchéance) и на иностранцевъ (факультативно). Сходно съ Угол. Ул. 37 ст. германскаго кодекса и проекты швейц. и германск. (Люблинскій, l. c.; тамъ же см. вопросъ о мѣрахъ социальн. защиты по иностранному приговору).

58) Поэтому изложеніе его собственно не относится къ уголовному праву (Meyer-Allfeld, § 16—VIII, Merkel-Liepmann, Garraud, № 181). Подробно см. о выдачѣ Martitz—ук. соч. и Lammasch. Auslieferungspflicht und Asylrecht. 1887.

59) Liszt, § 23; Фонь-Ревонъ. Ж. М. Ю. 1903 № 9, стр. 155; Мартенсъ, II, § 91.

60) Согласно примѣч. къ ст. 852^{25}, новыя конвенціи не должны налагать на Россію бо́льшія обязательства, чѣмъ установлены въ этомъ

Конечно, если государство, къ которому обращено требованіе о выдачѣ, само имѣетъ интересъ въ наказаніи того же преступника, оно въ правѣ его само раньше судить и наказать и уже послѣ этого выдать, конечно, если выдача требуется не за то дѣяніе, за которое онъ судится [61]) или уже былъ наказанъ, осужденъ, оправданъ или освобожденъ отъ наказанія, въ противномъ случаѣ выдача должна быть отклонена 852, [4–6]. Другія условія выдачи: 1) чтобы дѣяніе было наказуемо и по законодательству страны выдающей и, что само собою разумѣется, требующей выдачи, 2) чтобы право наказанія не было еще погашено по этому законодательству, напр., въ силу давности или судебнаго приговора за то же дѣяніе (852[4]); 3) чтобы дѣяніе принадлежало къ тѣмъ, о которыхъ упоминается или въ экстрадиціонномъ законѣ государства или въ договорѣ (конвенціи) со страной требующей выдачи. Обыкновенно требуется или извѣстная тяжесть наказанія не ниже, напр., *тюремнаго заключенія (по законамъ обѣихъ странъ, такъ у насъ ст. 852*[1]) или дается перечень преступленій [62]). Выдачѣ не подлежатъ также преступники, совершившіе *политическое* преступленіе [63]). Къ

законѣ. Экстрадиціонные законы имѣются въ Бельгіи, Великобританіи, Нидерландахъ, Швейцаріи и нѣкот. др.

61) Нашъ законъ ставитъ условіемъ невыдачи, чтобы уже было возбуждено у насъ уголовное преслѣдованіе; препятствіемъ служитъ также возбужденіе производства о несостоятельности, до окончанія котораго выдача *можетъ* быть пріостановлена (852[6]).

62) Эта система допускаетъ пробѣлы, вытекающіе также изъ невполнѣ совпадающей обрисовки одинаковыхъ преступленій въ разныхъ кодексахъ. См. Мартенсъ, II, 442 —*Покушеніе и соучастіе въ преступленіяхъ, подходящихъ подъ опредѣленіе 852*[1], *относятся къ дѣйствіямъ, за которыя виновный подлежитъ выдачѣ.*

63) До 40-хъ годовъ XIX в. договоры о выдачѣ имѣли въ виду главнымъ образомъ эти преступленія. Образцомъ противоположнаго современнаго принципа послужилъ бельг. законъ 1833 г. и англійская практика. Точное опредѣленіе понятія политич. преступленія не выработано, оно не совпадаетъ съ соотвѣтствующими отдѣлами того или другого кодекса (такъ Фонъ-Резонъ, l. c, 174 и слѣд.). Фонъ-Резонъ опредѣляетъ ихъ какъ такія, объектомъ которыхъ служитъ политическая организація народа (посягательства на цѣлость государства, на образъ правленія). Сходно Таганцевъ, I, 357 и Garraud, I, 235; Liszt. 117 (шире намѣчаетъ кругъ политич. прест. Листъ въ „Междунар. правѣ“, стр. 318

этой категоріи не относится: а) посягательство на жизнь, свободу или здоровье главы государства или членовъ его семьи[64]), а также на честь главы государства (852[2]); b) преступленіе общее, совершенное по политическому мотиву, напр., убійство вождя одной изъ парламентскихъ партій, или по поводу и въ связи съ политическимъ преступленіемъ—faits connexes[65]), или одновременно съ ними (напр., кража). Нашъ законъ (852[2]) говоритъ о преступленіи, совершенномъ по политическому побужденію или совмѣстно съ политич преступленіемъ, с) преступленіе, направленное на основы всякаго общественнаго строя (террористическіе акты анархистовъ—Женевскій Съѣздъ Института Межд права 1892 г. 4) чтобы преступникъ былъ иностранцемъ. Собственные подданные и натурализованные послѣ преступленія иностранцы не выдаются (852[3]). Исключенія—Англія, Сѣв. Америк. штаты; (см. выше стр. 82); 5) чтобы требующее выдачи государство не отказывало въ такихъ же услугахъ (начало взаимности), или чтобы существовалъ съ нимъ договоръ (852[1]); 6) чтобы былъ обезпеченъ обычный порядокъ производства дѣла (852[8]).

Основанія этихъ ограниченій слѣдующія: государство не можетъ выдавать преступника, съ точки зрѣнія этого государства, не заслуживающаго наказанія вообще, вслѣдствіе

перев. Грабаря). Удобнѣе отрицательная формула—опредѣленіе случаевъ, когда дѣяніе не политическое (см. текстъ). Такъ Manzini, I, 310.

64) Такъ впервые бельг законъ 1856 г. (clausula Belgica), по поводу убійства или покушенія на убійство монарха или члена его семьи. Эта оговорка внесена въ большинство договоровъ; не присоединились Англія, Голландія, Швейцарія и Италія (Листъ—Грабарь, 319, см однако новѣйшіе договоры Италіи у Manzini, I, 313).

65) Такъ громадное большинство. Contra Итальянская практика ст. 9 Итальян. Улож. не допускаетъ выдачи за reati connexi. Manzini, I, 312. Оксфордскій съѣздъ Инст. Межд. права 1880 г. распространилъ выдачу на дѣянія, оправдываемыя обычаями войны, напр. общее преступленіе, входящее въ понятіе возстанія. Женевскій съѣздъ 1892 г за выдачу совершившихъ faits connexes, если это тяжкія преступленія съ точки зрѣнія морали и общаго (?) права. Мартенсъ, II, 452 Въ смыслѣ оксфордскихъ постановленій и Garraud, I, 208. По Meyer-Allfeld'y (101), crimes connexes тѣ, которыя содѣйствуютъ дѣйствит. совершенному политическому преступленію. Слишкомъ широко Manzini—l. c.

того, что дѣяніе ему представляется непреступнымъ[66]) или преступнымъ условно[67]) (политич. преступленія), или въ данномъ случаѣ, потому что преступленіе погашено приговоромъ или давностью; не можетъ оказывать услугъ тѣмъ, кто въ нихъ ему отказываетъ; не можетъ довѣрять безпристрастію другого государства при рѣшеніи дѣлъ о своихъ подданныхъ (см. выше); наконецъ, государство не можетъ выдавать, если чрезвычайный порядокъ производства свидѣтельствуетъ, что предстоитъ скорѣе расправа,чѣмъ судъ. Основанія положеній подъ 3-a, b, c—это сохраненіе указанными дѣяніями характера преступленій въ глазахъ любого государства, недостаточность политической окраски для устраненія этого характера, невозможность ставить главу государства, членовъ его семьи, видныхъ общественныхъ дѣятелей въ положеніе, худшее сравнительно съ обыкновенными гражданами.

При стеченіи требованій нѣсколькихъ государствъ, предпочтеніе должно быть отдано болѣе заинтересованному, т. е. требующему выдачи за болѣе тяжкое преступленіе, (852^{10}), при равенствѣ преступленій—заявившему требованіе раньше. Если всѣ требованія относятся къ одному дѣянію, предпочтеніе отдается государству, гдѣ совершено это дѣяніе, въ виду бо́льшихъ гарантій правильнаго рѣшенія дѣла (см. выше 81). Такъ и ст. 852^{9} (невполнѣ ясно)[68]).

Выдача относится къ опредѣленному дѣянію[69]) указанному въ актѣ выдачи (начало спеціализаціи), и за другое преступника не въ правѣ ни судить, ни наказать государство, которому онъ выданъ, ни выдать третьему государству, развѣ бы это другое преступленіе совершено было послѣ

---

66) Такъ и Пусторослевъ, 141. Противоположнаго мнѣнія Мартенсъ, II, 421; ср. впрочемъ, 466; Листъ—Грабарь, 320, Таганцевъ, I, 343, Липманъ на Брюссельскомъ конгрессѣ (Люблинскій, l. c. 99) наказуемость въ государствѣ выдающемъ безразлична.

67) См Таганцевъ, I, 354; Мартенсъ, II, 454 Возраженія ихъ относятся не къ принципу невыдачи, а къ распространенію ея на дѣянія, не составляющія политическаго преступленія въ указанномъ выше смыслѣ (459), впрочемъ, Мартенсъ за выдачу политич. преступниковъ при условіи безпристрастнаго суда и обычнаго наказанія.

68) Сходно Оксфордскія постановленія.

69) Противъ этого Фонъ-Резонъ, ук. ст., 182—183.

выдачи (852[7]). Условіемъ для указанной гарантіи служитъ оставленіе преступникомъ государства, которому онъ выданъ, въ опредѣленный послѣ окончательнаго освобожденія срокъ (по нашему закону—ст. 852[7]—одинъ мѣсяцъ)

Выдающее государство должно установить наличность требуемыхъ закономъ или договоромъ условій, достаточность уликъ[70]) для обвиненія въ данномъ преступномъ дѣяніи, тождество личности преступника съ тѣмъ, о выдачѣ котораго заявлено требованіе Эта функція судебнаго характера, за исключеніемъ установленія взаимности. Поэтому наиболѣе правильной порядокъ, чтобы о выдачѣ рѣшалъ судъ, но, при согласіи его на выдачу требовалось еще согласіе и Мин Иностран. Дѣлъ—Бельгійская система, одобряемая большинствомъ ученыхъ и Оксфордскимъ Съѣздомъ, на томъ основаніи, что важны вообще отношенія между обоими государствами. По англо-американской системѣ рѣшеніе принадлежитъ суду, по французской предоставляется соглашенію Министровъ Юстиціи и Иностранныхъ Дѣлъ.

По нашему праву вопросъ о выдачѣ разрѣшается Министромъ Юстиціи, на основаніи препровожденныхъ иностраннымъ правительствомъ черезъ Минист. Иностран. Дѣлъ[71]) документовъ, а также дополнительныхъ свѣдѣній и документовъ, которыхъ Министръ Юстиціи можетъ потребовать черезъ Минист. Иностр. Дѣлъ отъ иностраннаго правительства, и на основаніи свѣдѣній, полученныхъ путемъ дознанія или отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій. Документы, предъявляемые при требованіи о выдачѣ. судебный приговоръ, обвинительный актъ, опредѣленіе о преданіи суду или постановленіе о привлеченіи къ слѣдствію съ постановленіемъ о взятіи подъ стражу или одно послѣднее постановленіе съ изложеніемъ въ немъ существа предъявленнаго обвиненія; далѣе выписки изъ карательныхъ правилъ государства, требующаго выдачи, фотографическія карточки или описаніе примѣтъ и иныя свѣдѣнья для удостовѣренія личности обвиняемаго (ст. 852[12—16]).

70) Такъ англо-американская практика, континентальная довольствуется наличностью постановленія судебныхъ органовъ требующаго выдачи государства о привлеченіи обвиняемаго.

71) Туда же поступаетъ первоначально и само требованіе о выдачѣ

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Наказаніе и его цѣли.

ГЛАВА IV.

Наказаніе, его сущность и отличіе отъ другихъ сходныхъ институтовъ.

I Очеркъ развитія института наказанія. II. Опредѣленіе наказанія, какъ сложившагося государственнаго института, и анализъ его элементовъ 1. наказаніе, какъ лишеніе преступника какого-либо изъ принадлежащихъ ему благъ; 2 какъ послѣдствіе опредѣленнаго дѣянія; отличіе отъ мѣръ обезпеченія и превентивныхъ; вопросъ объ „опасномъ состояніи", какъ основаніи репрессіи, 3. элементъ правового осужденія въ наказаніи а значеніе этого элемента, b. осужденіе (порицаніе) и возмездіе; различное пониманіе послѣдняго; с наказаніе и мѣры соціальной защиты; 4 наказаніе, какъ мѣра, назначаемая отъ имени государства, по общему правилу—судебными органами. III. Отличіе наказанія отъ взысканій 1 дисциплинарныхъ, 2. понудительныхъ и 3 фискальныхъ. IV. Наказаніе и возмѣщеніе вреда

Литература къ ц 1. См особенно яркое и сжатое изложеніе у *Меркеля* „Der Begriff der Strafe in seinen geschichtlichen Beziehungen" въ Ges Abh II, 236, и *Merkel-Liepmann*, § 70, далѣе *Кистяковскій*, §§ 23 и слѣд и §§ 415 и слѣд *Meyer-Allfeld*, § 7—10; болѣе подробно *Makarewicz*. Einfuhrung in die Philosophie des Strafrechts auf entwickelungsgeschichtlicher Grundlage. 1906. *Günther*. Die Idee der Wiedervergeltung. 1889—1895. *Оппенгеймеръ*. Историческое изслѣдованіе о происхожденіи наказанія (рус. перев. 2-й части труда *Oppenheimer*. The rationale of punishment 1913 г. въ изданіи „Новыя идеи въ правовѣдѣньи" № 3), всѣ три съ обильнымъ историко-сравнит. матеріаломъ такъ же *Post* Bausteine fur eine allgemeine Rechtswissenschaft. 1880—81. Далѣе *Bar*. Handbuch; *Geib*. Lehrbuch d deutsch. Strafrechts, I. 1861; по исторіи наказанія у римлянъ—Mommsen Romisches Strafrecht. 1899, по

исторіи нак. у германск. племенъ—Wilda. Strafrecht der Germanen. 1842. *Биндингъ* въ „Нов. идеи въ правовѣд" № 3 (переводъ его ректорск. рѣчи 1909 г.). О развитіи инст. наказ. въ русск. правѣ см. курсъ *Владимірскаго-Буданова*—Къ ц. II—IV капитальное изслѣдованіе проф. *Жижиленко* „Наказаніе" (1914 г.), курсы *Таганцева*, II, и *Manzini*, I Труды, относящіеся къ „опасному состоянію", „возмездію" и „мѣрамъ защиты", приведены ниже въ примѣч.

I. Наказаніе въ своемъ историческомъ развитіи прошло различныя стадіи. Зародыши его кроются въ институтѣ кровавой *мести*, свойственномъ общинному и родовому быту и встрѣчающемся и нынѣ у народовъ первобытной культуры. Посягательства на блага лица влекли съ его стороны отплату обидчику, размѣры которой зависѣли отъ субъективнаго усмотрѣнія потерпѣвшаго или мстившихъ за него его близкихъ и отъ взаимоотношенія силъ сторонъ. Въ осуществленіи мести помогала мстителю нерѣдко вся община, если обидчикъ принадлежалъ къ другой общинѣ Эксцессы мести, вызываемые гнѣвомъ и раздраженіемъ, влекли новый актъ мести съ противоположной стороны и давали поводъ къ раздорамъ и усобицамъ. Сознаніе вреда такого порядка приводитъ къ мысли о замѣнѣ мести *выкупомъ*, чѣмъ достигалось удовлетвореніе обиженнаго и замиреніе сторонъ путемъ соглашенія (compositio). Государственная власть, первоначально еще слабая и все еще видящая въ преступномъ дѣяніи частное дѣло непосредственно заинтересованныхъ лицъ, поощряетъ эту *систему композицій* и старается ограничить месть.

На ряду съ этимъ уже довольно рано нѣкоторыя дѣянія, затрагивающія интересы цѣлаго, какъ измѣна, или угрожающіе навлечь гнѣвъ боговъ, какъ оскорбленіе святыни или находящихся подъ ихъ покровительствомъ предметовъ, вызываютъ противъ преступника реакцію общества, также проникнутую духомъ мести и выражающуюся въ различныхъ формахъ: *принесенія въ жертву богамъ* (sacratio capitis), смертной *казни*, исключенія изъ данной общественной среды, объявленія лишеннымъ *мира* (*Friedlosigkeit*), влекшаго полное безправіе, позволявшаго каждому лишить жизни такого преступника, или въ формѣ сходнаго по своимъ послѣдствіямъ

aquae et ignis interdictio. Даже преступленія, допускавшія выкупъ, а такихъ было громадное большинство, начинаютъ разсматриваться, какъ задѣвающія интересы общества: кромѣ уплаты потерпѣвшему (Wehrgeld, Busse германскихъ племенъ, вира нашего древняго права), обидчикъ вноситъ и fredum („продажа“) государственной власти: это *уплата за нарушеніе мира* (*Friedensgeld*), заключающееся въ преступномъ дѣяніи Публичный характеръ преступленія и кары за него выступаютъ особенно ярко въ тѣхъ постановленіяхъ древнихъ памятниковъ, согласно которымъ отказъ отъ соглашенія влечетъ для обидчика лишеніе мира (у древнихъ германцевъ) или же воздаяніе тѣмъ же зломъ, что причинено преступленіемъ, — *таліонъ* (такъ постановленіе XII таблицъ: „si membrum rupit, ni(si) cum eo pacit, talio esto).

Идея таліона долго сохраняется въ институтѣ наказанія и тогда, когда за нимъ окончательно утверждается въ окрѣпшемъ государствѣ значеніе публично-правовой реакціи на преступленія, громадное большинство которыхъ со временемъ становится въ глазахъ государства посягательствомъ на общіе интересы. Идея воздаянія, лежащая въ основѣ первоисточника наказанія мести, въ таліонѣ только нѣсколько умѣряется, отрѣшаясь отъ субъективной оцѣнки причиненнаго вреда, присущей потерпѣвшему, склонному преувеличивать его значеніе, и получая бо́льшее соотвѣтствіе съ дѣйствительной степенью вреда, но все-таки выражаясь въ грубыхъ формахъ, безъ вниманія къ внутренней сторонѣ преступнаго дѣянія. Фактическая невозможность отплаты преступнику тѣмъ же зломъ при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, напр., имущественныхъ, поджогѣ, прелюбодѣяніи, позже поддѣлкѣ монеты, приводила къ т назыв. *символическому таліону*, выражавшемуся въ пораженіи органа, которымъ совершено преступленіе, и въ карахъ, которыя должны были отражать свойство преступленія: вору отрубали руку, поддѣлывателю монеты заливали горло расплавленнымъ металломъ, поджигателя подвергали сожженію. Но смыслъ наказанія не исчерпывался воздаяніемъ за преступленіе, практическія цѣли искорененія преступности посредствомъ уничтоженія преступниковъ или обезвреженья ихъ и устрашенія населенія не только не были чужды зако-

нодательствамъ, но часто, особенно въ болѣе позднія эпохи, получали преобладающее значеніе.

II. Всматриваясь въ различныя проявленія наказанія, какъ сложившагося государственнаго института, можно дать ему слѣдующее опредѣленіе.

Наказаніе есть лишеніе преступника какого-либо изъ принадлежащихъ ему благъ, какъ послѣдствіе опредѣленнаго дѣянія (или упущенія), выражающее осужденіе (порицаніе) послѣднему и личности преступника отъ имени государства и назначаемое, по общему правилу, судебными органами, съ цѣлью поддержанія ненарушимости права и охраняемыхъ имъ благъ

Цѣль наказанія лежитъ внѣ самого института и разсматривается въ слѣдующей главѣ. Здѣсь же необходимо ближе опредѣлить признаки, изъ которыхъ слагается наказаніе

1 Наказаніе есть лишеніе преступника какого-либо изъ принадлежащихъ *ему* благъ,[1]) полное или же частичное. Въ различныя эпохи различныя блага служили непосредственнымъ объектомъ, на который направлялось наказаніе· жизнь, органы тѣла, здоровье, честь, свобода, имущество. Подъ благами слѣдуетъ разумѣть и различныя права и преимущества, принадлежащія преступнику, напр. семейныя, сословныя, избирательныя, служебныя, право заниматься какимъ-либо промысломъ, профессіей, титулъ и т. п.

Благо должно принадлежать *лично* преступнику, что нѣсколько нарушается при имущественныхъ карахъ, затрагивающихъ интересы всей семьи. Практиковавшееся въ эпоху мести и значительно позже распространеніе ея и наказанія на общину или семью преступника, дошедшее до XIX в въ формѣ конфискаціи всего имущества виновнаго, нынѣ не принято, за ничтожными исключеніями, ни въ законодательствахъ, ни въ наукѣ, какъ противорѣчащее принципу отвѣтственности за вину, которая можетъ быть только личной (см. ниже).

---

1) Такъ Неклюдовъ, Конспектъ, 89; Binding (Grundriss), 226; по существу такъ же Жижиленко, 46, Liszt, 252, Stoos, § 56, дающіе нѣсколько иное опредѣленіе.

Часто наказаніе опредѣляютъ не какъ лишеніе благъ, а какъ зло[2]), или страданіе[3]), или вторженіе въ правовую сферу личности[4]); но эти выраженія не столь точны: нѣкоторыя теоріи смотрятъ на наказаніе какъ на благо для общества и даже для самого преступника, искупающаго вину, примиряющагося съ обществомъ, получающаго исправленіе или нравственное исцѣленіе[5]). Не всегда также наказаніе причиняетъ преступнику страданіе онъ можетъ жаждать его, какъ искупленія (Раскольниковъ у Достоевскаго)[6]), или же видѣть въ тюрьмѣ пріютъ отъ голода и холода. Вторженіе въ правовую сферу только фигуральное выраженіе указаннаго нами признака[7]), но менѣе опредѣленное такимъ вторженіемъ можетъ быть любая форма принужденія, напр, публичная продажа имущества должника Поэтому также недостаточны опредѣленія наказанія, какъ принужденія, исполненія, воздѣйствія[8]) или юридическаго послѣдствія неправды, соразмѣряемаго съ ея внутренней и внѣшней стороной (такъ, Познышевъ, 37) ибо внутренняя сторона вліяетъ иногда на послѣдствія и т. назыв. гражданской неправды, (напр., отвѣтственность при possessio bonae fidei и malae fidei), съ другой стороны, иногда наказаніе не соразмѣряется съ внутренней стороной (напр., при деликтахъ, квалифицированныхъ въ силу болѣе тяжкаго результата, см. ниже).

2. Наказаніе есть *послѣдствіе* опредѣленнаго дѣянія или упущенія, предполагаетъ осуществленіе дѣйствующимъ субъектомъ описаннаго въ законѣ состава преступленія[9]). Этимъ признакомъ наказаніе существенно отличается отъ мѣръ, близкихъ къ нему по внѣшнему выраженію, но принимаемыхъ въ виду опасности субъекта, въ интересахъ

---

2) Такъ уже Гуго Гроцій („malum passionis, quod infligitur ob malum actionis); нынѣ Liszt, Stoos (1 c.), Meyer-Allfeld, 4, Liepmann (Einleit), 195, Merkel-Liepmann, 195, Garraud, I, 603 (изд. 2), Vidal. 603.

3) Г. Гроцій (предыд. примѣч.); Prins, № 641; Garraud, I, 315; Thyren (Principien), 41, Мокринскій, I, 3 (принужденіе къ страданію), сходно съ послѣднимъ Frank, 44; иначе Сергѣевскій (63, 82) страданіе de facto, но не по идеѣ.

4) Жижиленко, 62.

5) См. по этому поводу Жижиленко, 33 и слѣд. и указыв. имъ авторовъ. Проф. Жижиленко отмѣчаетъ еще неопредѣленность понятія „зло“ и его неюридическій характеръ.

6) См, напримѣръ, теорію Kohler'a объ очищающемъ значеніи наказанія (Leitfaden и Das Wesen der Strafe. 1888 г)

7) Вѣрно Набоковъ, „Право“, 1914, № 52, стр. 3536.

8) См. у Жижиленко, 1 с.

9) Этотъ признакъ устанавливается твердо только въ правовомъ государствѣ, какъ указывалось выше (стр. 38).

предупрежденія возможныхъ въ будущемъ преступныхъ дѣяній, или въ виду падающаго на личность подозрѣнія въ совершеніи преступнаго дѣянія для обезпеченія явки къ слѣдствію и суду. Первыя изъ этихъ мѣръ—*предупредительныя*—имѣютъ полицейскій характеръ и выражаются иногда въ лишеніи или ограниченіи свободы, таковы, напр. административная ссылка или высылка, воспрещеніе пребыванія въ опредѣленномъ мѣстѣ, арестъ, надзоръ полиціи, назначаемыя за преступное дѣяніе или упущеніе, предусмотрѣнное закономъ, онѣ становятся наказаніемъ[10]) Мѣры *обезпеченія* явки обвиняемаго къ слѣдствію и суду также выражаются въ подпискѣ о неотлучкѣ изъ опредѣленнаго мѣста жительства, въ надзорѣ полиціи, въ предварительномъ арестѣ, но эти стѣсненія свободы не суть послѣдствія преступнаго дѣянія, учиненнаго обвиняемымъ, что выступаетъ особенно ярко при оправданіи его Это—послѣдствія привлеченія къ слѣдствію, въ виду основательнаго предположенія, что данное лицо совершило преступное дѣяніе, и въ виду необходимости обезпечить судебное разсмотрѣніе и исполненіе приговора въ случаѣ, если бы предположеніе подтвердилось. При оправданіи, стѣсненіе свободы оказывается тяжелой жертвой, понесенной обвиняемымъ, находящей объясненіе въ ея необходимости, но влекущей, по современнымъ воззрѣніямъ, обязанность государства возмѣстить, насколько возможно, эту жертву При осужденіи, это все-таки не предвосхищенное наказаніе[11]), такъ какъ принятая мѣра

---

10) Впрочемъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ криминалистовъ полицейскій надзоръ, воспрещеніе пребыванія, высылка иностранцевъ и т. п. и даже ссылка суть мѣры социальной защиты (такъ Жижиленко, 346, 312, 309 и друг., имъ указываемые) или полицейскія предупредительныя мѣры даже, когда слѣдуютъ за преступленіемъ (такъ, напримѣръ, Frank, 44, относительно полицейскаго надзора и высылки) Поскольку эти послѣднія мѣры, какъ и воспрещеніе пребыванія въ извѣстномъ мѣстѣ, основаны на вѣроятности новаго преступленія, чему наличность прежняго служитъ только подкрѣпленіемъ, постольку назначеніе ихъ судомъ не измѣняетъ ихъ *исключительно превентивной* природы и объясняется скорѣе экономіей силъ; по существу онѣ подлежали бы вѣдомству администраціи, преступное дѣяніе только *одинъ* изъ поводовъ ихъ примѣненія. Но нельзя сюда относить и ссылку.

11) Такъ, однако, Garraud. Traité d'instruct. crim., III, 683, и въ

можетъ совсѣмъ не соотвѣтствовать наказанію за данное преступленіе (напр., каторжнымъ работамъ, ссылкѣ)—поэтому зачетъ въ наказаніе подслѣдственнаго ареста допускается большинствомъ законодательствъ только факультативно, по усмотрѣнію суда,—и въ основѣ зачета лежатъ иныя соображенія [12]).

Съ точки зрѣнія антропологической школы, основаніемъ для репрессіи долженъ служить не опредѣленный составъ преступленія, а *опасное состояніе личности* [13]), наказаніе сливается съ предупредительными мѣрами; или же, если и требуется для его примѣненія преступное дѣяніе [14]), то развѣ лишь, какъ болѣе вѣскій симптомъ опаснаго состоянія, и наказаніе становится мѣрой защиты общества (см ниже). Понятіе опаснаго состоянія пріобрѣтаетъ значеніе и у сторонниковъ соціологическаго направленія и нѣкоторыхъ криминалистовъ третьей школы, но не, какъ основаніе для наказанія, а, скорѣе, какъ обстоятельство, опредѣляющее родъ и мѣру послѣдняго, при наличности преступнаго дѣянія, или же ведущее къ дополненію наказанія мѣрами защиты [15]). Вопросъ объ опасномъ состояніи ставится въ отношеніи многократныхъ рецидивистовъ, а нѣкоторыми въ отношеніи профессіональныхъ преступниковъ независимо отъ рецидива [16]), далѣе въ отношеніи лицъ съ опасными привычками

сущности Фойницкій (Курсъ угол. судопроизв., II, 543), усматривая въ зачетѣ примѣненіе начала „ne bis in idem"

12) См. Жижиленко, 105, Люблинскій. Свобода личности въ уголовн. процессѣ 1906, стр. 570 и указыв ими литература.

13) Такъ Гарофало въ „Di un criterio positivo de la penalità". 1880, Florian. Trattato, I (см ниже).

14) Что логическимъ выводомъ изъ этого ученія должна быть репрессія всякаго опаснаго человѣка, хотя бы еще не совершившаго преступнаго дѣянія, признавалъ Листъ (Die Zukunft des Strafrechts, 1892 г см. Aufsätze, II, особ. 16 стр.), хотя и отвергалъ этотъ выводъ въ отношеніи совершеннолѣтнихъ. На этотъ выводъ, какъ на аргументъ противъ соціологическаго направленія, указывалъ уже Адольфъ Меркель (Vergeltungsidee Ges Abh., II, 706), нынѣ особенно Birkmeyer, Studien, 75 и слѣд; тамъ же многочислен. цитаты изъ друг авторовъ.

15) См. ниже.

16) Такъ, напр, Ванъ-Гамель. См мою статью „Привычн. и профес преступники", Ж М. Ю., 1904, сент 40 и слѣд., окт. 78 и слѣд.

жизни (выраженіе Гарсона)—привычныхъ нищихъ, бродягъ и другихъ общественныхъ паразитовъ, напр, сутенеровъ, наконецъ въ отношеніи уменьшенно-вмѣняемыхъ: дегенератовъ, алкоголиковъ, истеричныхъ и т п [17]) Иногда для примѣненія мѣръ противъ этой послѣдней категоріи, а также невмѣняемыхъ довольствуются однимъ опаснымъ состояніемъ, не требуя наличности преступленія, но эти мѣры разсматриваются не какъ наказаніе.

Но и среди ученыхъ новѣйшихъ направленій встрѣчаются противники введенія понятія „опасное состояніе" въ законодательства, какъ недостаточно опредѣленнаго (за исключеніемъ случаевъ многократнаго рецидива), открывающаго широкій доступъ усмотрѣнію суда и пенитенціарныхъ органовъ и грозящаго ниспровергнуть принципъ „nulla poena sine lege" [18]). Трудность заключенія о наличности опаснаго состоянія безспорна и можетъ быть уменьшена только при перенесеніи окончательнаго рѣшенія этого вопроса къ стадіи исполненія приговора, когда есть больше данныхъ для опредѣленія личности преступника и прогноза его будущаго поведенія, важно также расширеніе рамокъ судебнаго слѣдствія, сводящагося нынѣ, за рѣдкими отступленіями, къ установленію виновности въ опредѣленномъ преступленіи безъ достаточнаго вниманія къ личности преступника Эти измѣненія предполагаютъ спеціальную подготовку и полную независимость судебнаго персонала и

---

17) См особенно доклады Гарсона и Листа Брюссельскому конгрессу М. С. 1910 г. и пренія, доклады В. Д. Набокова и Гарро Копенгагенскому конгрессу М. С. 1913 г (Bulletin, XVII, 1 и XX, 231 и у Люблинскаго Международ. Съѣзды; тамъ же о Парижскомъ совѣщан центральн. бюро 1912 г, далѣе Ж. Уг. 1913 г № 1), доклады объ опасномъ состояніи Набокова и Жижиленко IX-му Общ. Собранію Русской группы М. С. 28 –31 марта 1912 г въ Петроградѣ и пренія (Ж. Уг 1912 г., №№ 3 и 4 и 1913 г. № 1 и 3). См. еще Prins. La défense sociale et les transformations du droit pénal. 1910 (Рус перев 1912 г подъ редакц. проф. Фельдштейна). Saleilles, 115

18) Такъ Исаевъ, Гернетъ, Гогель на Петроградскомъ собраніи (Ж. Уг., 1913, № 3, стр 114 и 115), такъ далѣе маститый Н. С. Таганцевъ (тамъ же, стр. 123) и неоклассики Биркмейеръ, Альфельдъ и др (см. труды, указан. въ примѣч. 21, на стр. 35).

лицъ, стоящихъ во главѣ пенитенціарныхъ учрежденій, и высокое правовое развитіе страны

3. Наказаніе выражаетъ отрицательную оцѣнку совершеннаго дѣянія и личности, его учинившей, порицаніе или осужденіе [19]) со стороны государства.

а Это осужденіе правовое, не совпадающее вполнѣ съ нравственнымъ [20]) или соціальнымъ, какъ правовыя нормы, нарушаемыя преступнымъ дѣяніемъ, не тождественны съ соціальными вообще и въ частности съ этическими, хотя въ большинствѣ и диктуются этико-соціальнымъ укладомъ данной среды Правовое или государственное осужденіе въ формѣ наказанія можетъ быть направлено и на дѣянія, этически и даже соціально безразличныя, каковы многіе мелкіе проступки, или соотвѣтствующія принципамъ нравственности и безопасныя и безвредныя для интересовъ и цѣлей общежитія. Припомнимъ подлогъ, совершенный ибсеновской Норой! При большемъ углубленіи понятія вины и при большемъ совпаденіи преступнаго поведенія съ антисоціальнымъ въ кодексахъ будущаго, съ другой стороны, при выдѣленіи изъ области преступнаго мелкихъ деликтовъ (см. ниже, главу VI о трехчленномъ дѣленіи преступныхъ дѣяній), правовое осужденіе и этико-соціальное должны все болѣе сближаться [21]).

---

19) Этотъ элементъ наказанія признаютъ въ сущности всѣ сторонники идеи возмездія (см. ниже), см., напр: Merkel Liepmann, 195; Liepmann, Einleitung, 191 и въ Z. XXVIII, 14, Meyer-Allfeld, § 3, пр 26, Rich. Schmidt. Die Aufgaben der Strafrechtspflege. 1895. 63—65, 81 и друг.

20) Такъ особенно Bar. Handbuch, 313, неопредѣленно Сергѣевскій, 63-65. Нравственную оцѣнку имѣютъ въ виду Набоковъ (Ж. Уг., 1912 г. № 3, стр. 28), Liepmann (l c), соціальную Schmidt (l. c). Листъ говоритъ то объ общественномъ осужденіи (Missbilligung), то о соціально-правовомъ (Lehrbuch, 164, 250). Возраженія противъ элемента нравственнаго порицанія см. Фойницкій. Ученіе о наказ. 1889. 50, противъ соціальн. порицанія Rohland. Sociologische Strafrechtslehre. 59, 98, 110 О правовомъ осужденіи говорятъ Heinze (въ Holtzendorffs Handbuch f Strafr I, 328), Жижиленко (181), о государственномъ Stoos (§ 56).

21) Справедливо о преувеличеніяхъ критики по поводу этизаціи наказанія В Д Набоковъ („Право“, 1914 г. № 51, стр. 3538)

Это осужденіе относится не только къ отдѣльному дѣянію, но и къ личности преступника [22]), выражаетъ признаніе его правовой негодности, т. е наличности въ его характерѣ свойствъ, враждебныхъ праву и порицаемыхъ имъ,—признаніе преступнаго настроенія личности.

Осужденіе—только одинъ изъ элементовъ наказанія, но не единственно существенный Наказаніе не только отрицательная оцѣнка, не только извѣстное сужденіе, но и дѣйствіе [23]), состоящее въ лишеніи преступника какого-либо изъ его благъ.

Только признавая этотъ элементъ въ наказаніи, мы можемъ сохранить прочно утвердившійся въ законодательствахъ, принятый громаднымъ большинствомъ криминалистовъ и вошедшій глубоко въ правосознаніе современныхъ цивилизованныхъ народовъ принципъ наказаніе только при наличности вины и соразмѣрно съ нею, принципъ, который представляетъ собою продуктъ многовѣкового развитія уголовнаго права. Сглаживая элементъ порицанія, придется признать возможнымъ наказаніе и безумнаго и вообще всякаго, не виновнымъ образомъ нарушившаго норму или, вѣрнѣе, создавшаго положеніе, противорѣчащее послѣдней, вмѣстѣ съ тѣмъ въ наказаніи исчезнетъ признакъ, отличающій его отъ мѣръ соціальной защиты, вообще отъ любой мѣры борьбы съ опасными или вредными для общества явленіями. На этотъ шагъ рѣшаются только нѣкоторые крайніе соціологи (Ферри, Флоріанъ, Гриспиньи, Принсъ, Ванъ-Гамель, подчасъ не всегда себѣ вѣрный Листъ) антропологи (Ломброзо) и психіаторы (Крепелинъ, Ашаффенбургъ) [24]). При такой крайней точкѣ зрѣнія, наказаніе однако сохраняетъ свое значеніе только въ отношеніи преступника, но много проигрываетъ въ своемъ вліяніи и на него, и особенно на все населеніе, такъ какъ не одинъ страхъ физическаго страданія удерживаетъ отъ совершенія преступнаго дѣянія, но и сознаніе заклеймленности по-

22) См. мою статью „Наказ. и мѣры соц. защиты“ (Ж. М. Ю. 1916) и ниже главу VII

23) Binding, Grundr., 215, Janka-Kallina, 10.

24) См. ниже, главу VII.

слѣдняго правопорядкомъ и связываемыя съ наказуемымъ правонарушеніемъ представленія о позорящемъ или, при дѣяніяхъ, не имѣющихъ отношенія къ нравственности, неодобрительномъ характерѣ ихъ государство, опредѣляя за тотъ или другой деликтъ наказаніе, высказываетъ свое отрицательное отношеніе къ опредѣленному поведенію особенно рѣзко, особливо подчеркиваетъ важность защищеннаго такимъ образомъ интереса и воспитываетъ въ народной массѣ уваженіе къ нему [25]). Вытекающія отсюда чувства стыда и раскаянья въ преступникѣ, а при незначительныхъ проступкахъ ощущеніе извѣстной неловкости и чувство негодованія или, по крайней мѣрѣ, брезгливости въ обществѣ по отношенію къ преступнику суть лучшій залогъ господства права [26]). Въ этомъ также заключается звено, связывающее осужденіе правовое и этико-соціальное [27]) Напротивъ, мѣры безопасности противъ безумнаго или ребенка не содержатъ элемента осужденія [28]). помѣщеніе въ домъ для умалишенныхъ простое констатированье факта психи-

25) Эта мысль, не чуждая уже теоріи предостереженія Бауера (см. ниже), особенно выдвинута Рих. Шмидтомъ (Aufgaben, 44, 132; Die Strafrechtsreform, 1912, 74, 77 „Специальное предупрежденіе объемлетъ дисциплину преступниковъ, общее—дисциплину народа“) и Ад. Меркелемъ (Merkel-Liepmann, 196 и XVI), такъ же Liepmann (Z. XXVIII), Lammasch (Grundriss, § 1—V), Oetker (въ GS. т. 70, стр. 328), Kraus (Recht zu Strafen, 141), отчасти Alimena, I, 143.

26) „Стыдъ и раскаянье лучшіе союзники въ борьбѣ съ преступностью“, говоритъ Thyren (Principien einer Strafgesetzreform. 1910, I, 42-44) см. также Proal Le crime et la peine 309, 310, 420, Vidal. 176, приводитъ слова Cuche. „Pourquoi méconnaître ce côte moral de la répression et si l'idée de justice vient d'elle-même éclairer et embellir cette œuvre que nous avons conçu sous une inspiration purement utilitaire, pourquoi nous priverions-nous gratuitement d'un concours précieux, que nous pouvons tous accepter sans faire le sacrifice d'aucune de nos convictions?“.

27) Это нравственное чувство, говоритъ Rossi (Rossi-Hélie Traité de droit pénal II, 246), имѣетъ также свое политическое значеніе· оно охраняетъ соціальный порядокъ, увеличиваетъ нравственную силу закона, какъ-бы санкціонируетъ его.

28) „Противъ однихъ (невмѣняемыхъ) будутъ дѣйствовавать средствами физическими, противъ другихъ нравственными, т е. способными проникать въ сознаніе и тамъ опредѣлять эти формы духовной эволюціи, которыя называютъ вниманіемъ, мышленьемъ, жаждой уваженія со стороны другихъ, раскаяньемъ и т п“ (Ioly. Combat contre le crime, 27).

ческой болѣзни, не налагающее пятна на личность, которая вызываетъ только чувства жалости, состраданія, но не возмущенія; воспитательное воздѣйствіе на малолѣтняго свидѣтельствуетъ лишь объ отсутствіи въ немъ достаточнаго интеллектуальнаго и волевого развитія.

Если эти мѣры и заключаютъ въ себѣ элементъ правовой и соціальной оцѣнки, то въ другомъ смыслѣ—въ смыслѣ не упрека, обращаемаго къ личности, а признанія ея неспособности къ юридическимъ дѣйствіямъ (недѣеспособности) или соціальной непригодности.

b. Если элементъ осужденія—порицанія значительно усиливаетъ обще-предупредительное дѣйствіе наказанія, то, съ другой стороны, онъ сообщаетъ послѣднему характеръ *справедливаго* воздаянія или возмездія. Наказаніе представляетъ собою не просто реакцію на преступленіе, а реакцію, заслуженную съ точки зрѣнія даннаго общества, удовлетворяющую представленіямъ послѣдняго о должномъ, конечно, только въ общемъ; въ частностяхъ наказаніе можетъ уклоняться отъ народнаго пониманія справедливости, выражая точку зрѣнія законодателя, который можетъ вліять на нее, воспитывая иныя правовоззрѣнія, но не въ состояніи совершенно порвать съ ними. Чѣмъ больше наказаніе совпадаетъ съ ожиданіями общества въ отношеніи преступнаго дѣянія, тѣмъ эффектъ его сильнѣе [29]). Такимъ образомъ *идея возмездія сливается съ идеей общаго предупрежденія, которое обнимаетъ кромѣ того и устрашеніе.* Въ этой формѣ возмездіе поддерживается многими криминалистами—классиками [30]), а также третьей школой [31]) и даже иногда криминалистами

29) Хорошо объ этомъ у R. Schmidt'a въ указанныхъ его работахъ. См также Liszt, 83. Tarde Philosophie pénale (1891), 509, 510 („Quand on cessera de haire et de flétrir le criminel, le crime pullulera"). См. также выше (пр. 26) и Vidal, 61 ;

30) Справедливо указываетъ Листъ (Lehrb. § 16—2), что понятіе возмездія смягчилось до понятія общей превенціи у громаднаго большинства сторонниковъ перваго. См. ниже. Упрекъ, посылаемый Жижиленко (118) Листу по поводу зачисленія послѣднимъ въ одну группу ученыхъ, неодинаково опредѣляющихъ возмездіе, справедливъ лишь отчасти. существенно, что у всѣхъ возмездіе такъ или иначе служитъ цѣли воздѣйствовать на населеніе предупреждающимъ образомъ. Этого не отрицаетъ и проф Жижиленко.

31) Такъ Thyren, Liepmann, Lammasch и др. (см. выше и Lammasch въ GS. т. 44, стр. 151)

соціологами. Но послѣдніе относятъ оцѣнку не столько къ дѣянію, сколько къ свойствамъ личности[32]) преступника, что вызываетъ измѣненіе масштаба наказанія въ конкретномъ случаѣ и связано съ инымъ, чѣмъ принято было до сихъ поръ, пониманіемъ вины[33]).

Но и криминалистами другихъ направленій вопросъ о значеніи возмездія при опредѣленіи наказанія и нынѣ рѣшается неодинаково (см. слѣд. главу), еще больше различія представляютъ взгляды современныхъ и прежнихъ защитниковъ возмездія какъ въ этомъ отношеніи, такъ и относительно сущности и обоснованія возмездія.

---

32) Liszt, Graf zu Dohna, Rosenfeld, Tesař и нѣкоторые писатели, не принадлежащіе къ соціологическому направленію, особенно van Calker, отчасти В Д. Набоковъ. См объ этомъ ниже (глава VII) и указ. мою статью въ Ж. М Ю 1916 г Ср. однако Liszt Aufsätze, II, 229

33) Иногда криминалисты новаго направленія сохраняютъ понятіе возмездія лишь для вида, чтобы избѣгнуть обвиненія въ разрывѣ наказанія съ виною, и даютъ опредѣленіе возмездія, какъ реакціи на совершенное дѣяніе (такъ, иногда Листъ, напр., въ Arch. f Rechts— und Wirtschaftsphilosophie III, 611; Stoos, § 56). При такомъ, *дескриптивномъ* значеніи возмездія, формула „наказаніе есть возмездіе"— превращается въ безсодержательное тавтологическое утвержденіе и наказаніе, и возмедіе означаютъ просто отвѣтное дѣйствіе и могутъ обнять любыя мѣры противъ преступниковъ См. возраженія у R Schmidt'a, Strafrechtsreform, 21, Познышева, 59; Rohland'a, Sociolog Strafrechtslehre, 24 и друг. Проф Жижиленко, стоящій за дескриптивное значеніе возмездія, въ дѣйствительности понимаетъ его, какъ *справедливое* воздаяніе, какъ реакцію, выражающую отрицательную оцѣнку (ч. 1, глава 1, §§ 17 и 18 и стр 221). Правильно по этому поводу Набоковъ, „Право" 1914, № 51; см также мою статью. Не совсѣмъ въ дескриптивномъ смыслѣ понимается возмездіе тѣми, кто, какъ напр, Frank (Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe 1908 г., 6), видятъ въ немъ противодѣйствіе, *соотвѣтствующее* характеру дѣйствія. Въ иномъ смыслѣ также Дона въ Mon. Crim. psych III, 531, относящій оцѣнку къ винѣ, но понимающій ее иначе. У Kohlrausch'a (см. его статью въ юбилейномъ сборникѣ въ память Канта—Zur Erinnerung an Imm. Kant 1904 г.. „О дескриптивныхъ и нормативныхъ элементахъ понятія возмездія") различается констатированье того, что за зломъ обычно слѣдуетъ зло (дескриптивное понятіе возмездія), и установленіе того, что такъ и должно быть (нормативное значеніе возмездія). Къ одной группѣ всѣхъ указанныхъ криминалистовъ относитъ Жижиленко—l. c.

Общая черта различныхъ варіантовъ[34]) *новой* точки зрѣнія—*позитивное*[35]) *объясненіе возмездія*, какъ психическаго явленія, существующаго въ мірѣ дѣйствительности, постоянно наблюдаемаго и эмпирически подтверждаемаго, и вмѣстѣ съ тѣмъ служащаго въ рукахъ опирающагося на возмездіе государства для достиженія полезныхъ цѣлей[36]) поддержанія авторитета государства,[37]) или нарушеннаго закона[38]), или защиты общества или правовыхъ благъ,[39]) или удовлетворенія общества,[40]) или также потерпѣвшаго,[41]) или для укрѣпленія и воспитанія правового чувства[42]), или

---

34) Различныхъ теорій выставлено безчисленное множество нѣмецкими учеными. Подробное изложеніе, разборъ и классификація у проф Жижиленко въ указ сочин

35) Такъ впервые Merkel (Crimin Abh I, 114, Ges. Abh II, 435), Liepmann (Merkel-Liepmann, введен XVI), R Schmidt (подробный анализъ въ „Strafrechtsreform"), далѣе Beling. Vergeltungsidee, §§ 2 и 3, Nagler. Verbrechensprophylaxe, 8 и друг., Тардъ (l c „гнѣвъ, который охватываетъ насъ при видѣ преступнаго дѣянія и жажда мести, которая возбуждаетъ насъ противъ его виновника, суть естественныя явленія").

36) Что наказаніе, какъ возмездіе за совершенное, quia peccatum est, и наказаніе, какъ институтъ, преслѣдующій цѣль обезпеченія права отъ новыхъ посягательствъ, не есть самопротиворѣчіе, quia peccatum est et ne peccetur, особенно выдвинулъ и подчеркнулъ A. Merkel См. указ. статьи, особенно „Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht". См. введен Liepmann'a въ Merkel-Liepmann, XVI и 213. Возмездіе, согласно извѣстному изреченію Меркеля, есть выраженіе соціальной силы на службѣ соціальнаго самоутвержденія (Selbstbehauptung).

37) Beling Vergelt, 38-43.

38) Binding Grundriss, 226, который впрочемъ избѣгаетъ термина „возмездіе", вслѣдствіе его различнаго пониманія въ наукѣ.

39) Wach Reform der Freiheitsstrafe 1890, стр 57; Oetker, „Strafe und Lohn" въ GS. 70, стр 321, Stoos, § 56

40) Finger въ GS 71, стр 55 Другіе говорятъ не о цѣли удовлетворенія, а о послѣднемъ, какъ сущности возмездія, (такъ Nagler Verbrechensprophylaxe, 146 и слѣд) или какъ его эффектѣ (такъ Allfeld. Der Einfluss der Gesinnung d Verbrechers auf die Bestrafung, 53). Значеніе этого момента признаютъ и многіе другіе криминалисты, напр, Liepmann, Merkel (см. назван здѣсь статьи), Gunther (II, предислов, XI).

41) Такъ, Lammasch (l. c 174) видитъ въ этомъ одну изъ цѣлей наказанія, которую называетъ возмездіемъ

42) Такъ R Schmidt, Merkel и мног. друг (см выше), Nagler (164), разсматривающій это, а также укрѣпленіе правового мира и авторитета закона, какъ побочное дѣйствіе наказанія—возмездія.

для устраненія (заглаженья) соціально вредныхъ послѣдствій преступленія[43]), какъ соблазнъ дурного примѣра, ослабленіе чувства безопасности, стремленіе потерпѣвшаго къ мести, общества къ самосправѣ (суды Линча).

Общая черта различныхъ варіантовъ *прежняго взгляда* (Канта, Шталя, Гегеля, Гербарта и ихъ послѣдователей криминалистовъ) *метафизическое* обоснованіе возмездія и его самоцѣльность. Положеніе о необходимости возмездія является апріорнымъ, не требующимъ доказательства, сверхопытнымъ, возмездіе далѣе не служитъ практическимъ цѣлямъ государства, и связь между возмездіемъ и государственнымъ институтомъ наказанія остается не выясненной.

Шталь пытается дать возмездію религіозное обоснованіе. Государство, по его ученію, является намѣстникомъ Бога на землѣ, и, карая, оно осуществляетъ божественную справедливость, велѣніе Господне. Болѣе важное историческое значеніе имѣютъ *теоріи нравственнаго возмездія Канта и діалектическаго возмедія Гегеля Кантъ* постулируетъ возмездіе, какъ абсолютное требованіе человѣческаго разума (категорическій императивъ) Въ „Критикѣ практическаго разума“ знаменитый философъ говоритъ о нравственномъ возмездіи за нарушеніе нравственнаго закона, за дѣянія, противныя нравственности. Позже въ „Метафизическихъ основаніяхъ ученія о правѣ“, Кантъ относитъ возмездіе къ преступнымъ дѣяніямъ и понимаетъ его, какъ таліонъ (смертная казнь за убійство, рабство за имущественныя преступленія, кастрація за изнасилованье). Но и Кантъ не рѣшается провести своей идеи до конца, допуская отступленія отъ начала безусловной необходимости возмездія; онъ оставляетъ, напр., ненаказуемымъ дѣтоубійство; допускаетъ помилованье[44]) *Гегель* (Grundlinien der Philosophie des Rechts) выводитъ возмездіе изъ логическаго развитія идеи, не допускающей самопротиворѣчія преступленіе есть отрицаніе частной волей воли общей, выражаемой правомъ, наказаніе есть отрицаніе этого

---

43) Идея заглаженья особенно выдвинута Гегелемъ, который однако имѣлъ въ виду заглаженье *происшедшаго* Эта идея отразилась и на болѣе новыхъ криминалистахъ, напр , Меркелѣ, упоминающемъ о заглаженьи, какъ о цѣли возмездія. Но уже у него и особенно у его ученика Липмана объектъ заглаженья не само дѣяніе, а его послѣдствіе; у Липмана это психическія переживанія, вызванныя преступленіемъ (Liepmann въ Z. 28 т., 15). Сходно Еллинекъ, (Socialethische Bedeutung d. Rechts, Unrechts und Strafe, 128). Ср. Таганцевъ, II, 914 (хотя онъ противникъ возмездія); Lammasch, § 1—IV (здѣсь не упоминаетъ о возмездіи; ср. выше, указан. статьи).

44) Теорію Канта въ этой формулировкѣ Биндингъ (215) относитъ къ теоріямъ юридическаго возмездія вмѣстѣ съ ученіемъ Гегеля.

отрицанія и утвержденіе (возстановленіе) общей воли; наказаніе въ сущности демонстрируетъ ничтожность, мнимость неправды, ибо дѣйствительно только право, какъ проявленіе абсолюта Возмездіе діалектически необходимое слѣдствіе преступленія. Бо́льшее вниманіе къ внутренней сторонѣ послѣдняго составляетъ преимущество ученія Гегеля сравнительно съ ученіемъ Канта. Изъ позднѣйшихъ философовъ можно отмѣтить Гербарта, у котораго возмездіе есть эстетическая необходимость: дѣяніе, за которое не воздано, возбуждаетъ чувство неудовольствія, дисгармоніи („die unvergoltene That missfallt").

Послѣдователи Канта въ настоящемъ вопросѣ Цахаріе, Генке, послѣдователи Гегеля—Гельшнеръ (въ „Preussisch Strafr."), въ извѣстной степени Кестлинъ, (съ укоиеніями) и другъ, изъ современныхъ Колеръ[45]), Гербарта—Гейеръ[46])

Многіе криминалисты не находятъ возможнымъ связывать наказаніе съ возмездіемъ, усматривая въ этомъ пережитокъ варварской эпохи, отголосокъ періода мести, нарушеніе требованій современной нравственности, или признавая возмездіе наслѣдіемъ матафизической философіи, противнымъ цѣлесообразной организаціи карательныхъ мѣръ и неспособнымъ дать надлежащій масштабъ для выбора наказанія въ конкретномъ случаѣ. Эти возраженія дѣлаются въ нашей литературѣ Н. С Таганцевымъ, С. В. Познышевымъ, философомъ В Соловьевымъ. Но метафизическое обоснованіе возмездія нынѣ не поддерживается его сторонниками, и это возраженіе имѣетъ въ виду только старую точку зрѣнія; идеи таліона и мести также не находятъ защитниковъ, а вытекающее изъ справедливаго воздаянія требованіе соотвѣтствія наказанія съ тяжестью вины[47]) встрѣ-

---

45) Такъ недавно въ „Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts", 1909 (наказаніе показываетъ ничтожество личности предъ цѣлымъ, т. е обществомъ, и очищаетъ страданіемъ).

46) Подробное изложеніе всѣхъ упомянутыхъ теорій и критика ихъ у Познышева „Основные вопросы ученія о наказаніи" 1904; въ курсѣ Таганцева, „Handbuch" Бара; сжатое изложеніе у Биндинга (Grundriss); см. еще Фойницкій. Ученіе о наказаніи. 1889. Новѣйшіе учебники Листа, Мейера-Альфельда, Меркеля-Липмана совсѣмъ не останавливаются на этихъ теоріяхъ, такъ уже раньше французскіе криминалисты, говорящіе не о возмездіи, а о справедливости и искупленіи (expiation) вины. См. напр. Rossi-Hélie, II, 252, 253

47) Справедливыя критическія замѣчанія по этому поводу дѣлаетъ А. А. Жижиленко 221, 225, у него же подробныя указанія авторовъ,

чаетъ сочувствіе и у сейчасъ названныхъ криминалистовъ. Въ разрывѣ съ нравственными воззрѣніями общества и въ недостаточномъ вниманіи къ интересамъ индивида скорѣе повинны противники возмездія [48])—крайнее крыло соціологовъ и антропологовъ. Именно моментъ справедливаго воздаянія служитъ коррективомъ, сдерживающимъ началомъ при увлеченіи идеей безопасности общества отъ надвигающейся преступности, идеей, предъ послѣдовательными выводами изъ которой останавливаются сами ея сторонники [49]). Съ другой стороны, связанный съ справедливымъ воздаяніемъ элементъ осужденія, порицанія, или неодобренія преступника государствомъ придаетъ наказанію этическую окраску и особую цѣнность въ борьбѣ за право Дѣйствительными противниками справедливаго возмездія могутъ быть только тѣ, которые устраняютъ изъ уголовнаго права понятіе индивидуальной вины [50]) Другой вопросъ, насколько господствующій взглядъ на вину и на масштабъ для опредѣленія степени правового осужденія и соотвѣтствующаго послѣднему воздаянія представляется правильнымъ? Объ этомъ см. ниже (глава VII).

с Разсмотрѣнный сейчасъ признакъ наказанія часто принимается для отграниченія отъ послѣдняго *мѣръ соціальной защиты*, въ которыхъ этотъ элементъ отрицаютъ Такъ изъ нашихъ криминалистовъ особенно А. А. Жижиленко [51]).

оспаривающихъ возмездіе, и опроверженіе ихъ доводовъ. См также указан выше труды R. Schmidt'a, Nagler'a, Birkmeyer'a (Studien).

48) См. по этому поводу R. Schmidt Strafrechtsreform, passim

49) Выше примѣч 14.

50) Въ этомъ отношеніи послѣдовательно Листъ въ его надѣлавшей шуму мюнхенской рѣчи, произнесенной на 3-емъ международ. психологическомъ конгрессѣ 1896 г (Aufsatze, II, 229) „Понятія „вина“ и „искупленіе“ пусть живутъ дальше, какъ жили до сихъ поръ, въ произведеніяхъ нашихъ поэтовъ; выдержать строгую критику просвѣтленнаго научнаго познанія они не въ состояніи“ Но и Листъ не удержался на этой точкѣ зрѣнія

51) Стр 288 и слѣд. Въ этомъ смыслѣ также Birkmeyer Beitrage zur Kritik, I, 54; II, 14 (отсутствіе элемента возмездія), Beling. Vergelt., 124, Stoos въ M cr. psych., 1911 г, стр. 368 и слѣд Silvio Longhi. Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale. 1911.

Но *эти мѣры слѣдуетъ раздѣлить на двѣ категоріи:* къ одной категоріи принадлежатъ *мѣры профилактики: лечебнаго или же воспитательнаго характера*, какъ дома для умалишенныхъ или другихъ невмѣняемыхъ, воспитательныя заведенія для преступныхъ дѣтей, дѣйствовавшихъ безъ разумѣнія. Преступное дѣяніе представляетъ собою въ такихъ случаяхъ только одинъ изъ симптомовъ для принятія мѣры безопасности, но не единственный: и не совершившіе преступленія буйно-помѣшанные, а также безпризорныя, заброшенныя родителями дѣти помѣщаются въ упомянутыя учрежденія. Если поводомъ къ этому можетъ быть и преступное (съ внѣшней стороны) дѣяніе, то лишь потому, что помѣшательство до этого момента не проявилось достаточно рѣзко, что заброшенность малолѣтняго не была замѣчена или же государство по экономическимъ соображеніямъ не въ состояніи оказать помощь безпризорнымъ дѣтямъ, пока необходимость воспитательнаго воздѣйствія не становится ясной до очевидности *Эти* мѣры дѣйствительно не заключаютъ въ себѣ осужденія личности, и только въ нихъ нѣтъ ни органической связи съ совершеннымъ дѣяніемъ, ни зависимости срока ихъ примѣненія отъ тяжести этого дѣянія· достиженіе цѣли (излеченіе), въ отношеніи юныхъ преступниковъ достиженіе возраста, когда воспитаніе болѣе неумѣстно, опредѣляютъ моментъ прекращенія мѣры [52]).

Другая категорія—это вводимыя проектами и новѣйшими законами *предупредительное заключеніе* опасныхъ рециди-

---

52) За отнесеніе только мѣръ этой категоріи къ особому институту Delaquis въ Z. т. 32, стр. 680; Alimena, Principii, I, глава 2-я, Liszt, § 58. Въ этомъ смыслѣ и Набоковъ, Ж. Уг. 1912 г, № 3, стр. 28—30. Такъ и моя статья въ Ж. М. Ю. 1916, гдѣ указывается на отсутствіе основаній для выдѣленія этихъ мѣръ изъ общей массы превентивныхъ. Сходно Nagler. Verbrechensprophyl. § 13. За объединеніе всѣхъ мѣръ и наказанія въ одно понятіе уголовной санкціи Grispigni. Il nuovo diritto criminale, 102. Уже упоминалось о сведеніи наказанія къ мѣрѣ соціальной защиты антропологами, нѣкоторыми психіаторами (Aschaffenburg въ Arch. f. Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, 1910, т. III, 4, стр. 652, Kraepelin въ M Crps. III, 269) и крайнимъ крыломъ соціологовъ (Prins, La defense sociale, 1910, Van-Hamel на Гамбургск. пенитенц конгрессѣ, 1905 г см Люблинскій, Междун Съѣзды, стр. 59)

вистовъ, помѣщеніе въ *работные дома* преступниковъ, дѣяніе которыхъ вытекаетъ изъ тунеядства, привычки къ праздности разврату, изъ опасныхъ привычекъ жизни, какъ выразился Гарсонъ: таковы привычные нищіе, сутенеры, бродяги парижскіе апаши и т. п [53])

Эти мѣры въ сущности *представляютъ собою продолженіе наказанія или даже его замѣну*: по проектамъ, онѣ могутъ быть назначаемы вмѣсто наказанія. Различныя попытки нѣмецкихъ ученыхъ найти отграничивающій ихъ отъ послѣдняго признакъ въ томъ, напримѣръ, что для этихъ мѣръ является несущественнымъ элементъ зла или страданія, или, что страданіе здѣсь не вызывается намѣренно, или въ томъ, что цѣль ихъ не карательная, а предупредительная, несомнѣнно неудачны и противорѣчатъ дѣйствительному содержанію этихъ мѣръ настолько, что авторы принуждены къ этимъ мнимымъ признакамъ различія часто присоединять и другіе. Дѣйствительно, основная черта этихъ мѣръ — принудительное лишеніе свободы—не позволяетъ провести демаркаціонной линіи между ними и тюрьмою (въ широкомъ смыслѣ): если отмѣчаютъ меньшую суровость режима, то различія такого рода наблюдаются и въ разновидностяхъ тюрьмы; къ тому же принудительныя работы сохраняютъ свое значеніе и въ отношеніи рецидивистовъ, а для тунеядцевъ, нищихъ и т. п. въ этихъ работахъ центръ тяжести принимаемой мѣры. Цѣль также не можетъ служить критеріемъ для разграниченія, такъ какъ лежитъ внѣ сравниваемыхъ институтовъ; да и наказанію далеко не чужда цѣль предупрежденія новыхъ преступныхъ посягательствъ [54]). Больше вниманія заслуживаетъ упомянутый взглядъ, отвергающій и въ этихъ мѣрахъ элементъ осужденія, отрицательной правовой оцѣнки; къ этому отличію и вытекающимъ изъ него двумъ другимъ—отсутствію органической связи

---

53) См. доклады Гарро для Копенгаг. конгресса и Гарсона для Брюссельск (выше, прим. 17), нов проекты и законы у Жижиленко—назв. соч. См также мнѣніе его выше, прим. 10.

54) На эти различія указываютъ Birkmeyer, Nagler въ указ. сочин. Подробнѣе см Жижиленко (277 и слѣд.), у него же основательныя возраженія противъ этихъ попытокъ.

между дѣяніемъ и этими мѣрами и зависимости ихъ срока не отъ дѣянія, а отъ опасности—прибѣгаютъ сторонники размежеванія этихъ мѣръ и наказанія, какъ къ послѣднему прибѣжищу. Въ дѣйствительности, однако и эта точка зрѣнія должна быть отвергнута[55]) и особыя учрежденія для привычныхъ рецидивистовъ и работные дома налагаютъ пятно на тѣхъ, кто подвергался въ нихъ заключенію, и часто, напр, на отбывшихъ прежде краткосрочное наказаніе, даже въ большей мѣрѣ, чѣмъ послѣднее. Не будь этого, худшіе элементы, по справедливому замѣчанію Гриспиньи[56]), имѣли бы какую-то привилегію, если бы судъ, какъ разрѣшаютъ проекты, примѣнилъ мѣру защиты *вмѣсто* наказанія эти лица выходили бы не опороченными.

Тѣмъ меньшее основаніе отвергать порицающій, позорящій характеръ ссылки (такъ проф Жижиленко) и относить ее къ мѣрамъ защиты Едва ли также можно согласиться, что запрещеніе заниматься опредѣленной профессіей или опубликованіе приговора не наказаніе, по отсутствію отмѣченной черты.

Различіе можетъ быть усматриваемо *только въ масштабѣ оцѣнки:* традиціонный взглядъ, пустившій глубокіе корни, требуетъ соотвѣтствія тяжести наказанія съ тяжестью вины, измѣряемой главнымъ образомъ значеніемъ даннаго конкретнаго дѣянія; между тѣмъ какъ упомянутыя мѣры отступаютъ отъ этого пріема оцѣнки и находятся въ соотвѣтствіи съ бблышимъ или меньшимъ упорствомъ преступнаго настроенія личности: хотя дѣяніе незначительно, карается по закону кратковременнымъ лишеніемъ свободы, даже иногда легчайшаго вида (арестомъ), совершившій это дѣяніе можетъ быть помѣщенъ въ работный домъ, по проектамъ на три года, по нашему Угол. Улож. на два года, если проступокъ вытекалъ изъ привычки къ праздности или изъ тунеядства. Но необходимое предположеніе для этихъ мѣръ составляетъ

---

55) См. мою статью. Такъ Liszt. Oest. Z., 1910, стр. 21; проф Ширяевъ и М. М. Исаевъ въ преніяхъ объ опасномъ состояніи на съѣздѣ русск. группы М. С. въ 1912 г (Ж. Уг. прилож. къ № 4—1912 г. и № 1—1913 г.).

56) Назван. статья, 14. Гриспиньи при принципѣ воздаянія имѣетъ, впрочемъ, въ виду соціальную оцѣнку и находитъ ее и въ мѣрахъ противъ невмѣняемыхъ

дѣяніе[57]) и при томъ опредѣленной тяжести[58]); если репрессія усиливается, то въ этомъ можно видѣть *измѣненіе взгляда на сущность и степень вины*, а не отсутствіе всякой связи этихъ мѣръ съ виною и зависимость ихъ интенсивности только отъ опаснаго состоянія личности[59]).

Близки къ мѣрамъ первой категоріи особыя заведенія для т. назыв. уменьшенно-вмѣняемыхъ (см. главу VIII).

4. Наказаніе назначается отъ имени государства и, конечно, органами послѣдняго. По общему правилу, такими органами служатъ суды. Спорно, насколько назначеніе наказанія именно судебными органами представляется су-

---

57) Въ этомъ и въ назначеніи такихъ мѣръ судомъ усматриваетъ основаніе признавать ихъ наказаніемъ даже А. Меркель (Ges Abh. II, 819—822, особ. 821). См также мнѣніе Госуд. Совѣта по поводу работныхъ домовъ у Таганцева (II, 1088), дополнительнымъ наказаніемъ признаетъ ихъ и Познышевъ (466). Отдача малолѣтнихъ, дѣйствовавшихъ *съ разумѣніемъ*, въ воспитательно-исправительныя заведенія разсматривается, какъ наказаніе, Н. С. Таганцевымъ (II, 1089, 1090) и Сенатомъ (рѣш 1912 г. № 9).

58) Такъ, швейцарскій проектъ 1908 г. (§ 32) ставитъ условіемъ для интернированья въ работномъ домѣ присужденіе къ тюрьмѣ за преступленіе (Verbrechen въ технич. значеніи термина по этому проекту; см. ниже); условіемъ особаго заключенія (Verwahrung) привычныхъ преступниковъ—отбытіе нѣсколькихъ наказаній лишеніемъ свободы и новое присужденіе къ лишенію свободы за преступленіе, при наличности склонности къ преступленію, къ праздности или лѣни. Двухъ предшествующихъ тяжкихъ наказаній и принадлежности новаго дѣянія къ группѣ опредѣленныхъ преступленій требуетъ для такой же мѣры (Verwahrung) австрійск. правит. проектъ (§ 38), тотъ же проектъ допускаетъ замѣну наказанія воспитательнымъ заведеніемъ для малолѣтнихъ только, если дѣяніе проступокъ, наказуемый не свыше трехмѣсячнаго лишенія свободы. По англійскому закону 1908 г., предупредительное заключеніе къ опаснымъ рецидивистамъ примѣнимо лишь при присужденіи къ каторжнымъ работамъ.

59) Дѣйствіе мѣры прекращается, хотя бы опасное состояніе еще продолжалось, если истекъ максимальный срокъ, установленный для мѣры даннаго вида (напр., по швейц проекту, 3 года для работнаго дома, 20 лѣтъ для интернированья привычныхъ рецидивистовъ; по австр. проекту, въ послѣднемъ случаѣ maximum 10 лѣтъ) Допускается условное освобожденіе и раньше. Сравнительно съ принятой въ кодексахъ системой максимумъ, а также и минимумъ мѣръ значительно повышены. См. мою статью и Grispigni—op. cit

щественнымъ признакомъ наказанія? Отрицательный отвѣтъ опирается на существующіе и въ современномъ правѣ случаи примѣненія карательныхъ мѣръ по распоряженію административныхъ органовъ, напр., у насъ при дѣйствіи исключительныхъ положеній (см. выше, стр 41)[60]. Во всякомъ случаѣ, съ принципіальной точки зрѣнія и de lege ferenda, слѣдуетъ скорѣе дать на поставленный вопросъ утвердительный отвѣтъ, такъ какъ элементъ правового осужденія можетъ выступить достаточно ярко только при условіи гласнаго и обставленнаго особыми гарантіями защиты судебнаго порядка констатированья вины и опредѣленія ея степени[61]. И de lege lata отступленіе отъ этого порядка составляетъ исключеніе и не типично для наказанія (см. ст. 1 и 8 Уст. Угол. Суд.).

Конечно, совершенно неправильнымъ былъ бы выводъ, что назначеніе принудительной мѣры судомъ превращаетъ ее въ наказаніе: для послѣдняго необходимы и другіе указанные выше признаки

III. На основаніи изложеннаго, къ наказанію нельзя относить нѣкоторые сходные съ нимъ институты, именно:

1. *дисциплинарныя взысканія.* Таковы мѣры, примѣняемыя различными негосударственными единеніями или союзами, напр: семьей, школою, клубомъ, ученымъ обществомъ, церковью, вообще какой-либо корпораціей, располагающей властью надъ своими членами и предъявляющей къ ихъ поведенію извѣстныя требованія Эти мѣры выражаются въ формахъ, напоминающихъ наказаніе. напр., въ исключеніи изъ даннаго единенія, воспрещеніи присяжному повѣренному временно заниматься практикой, въ карцерѣ для провинившагося ученика Элементъ порицанія выступаетъ здѣсь иногда даже болѣе ярко, чѣмъ при наказаніи. Часто дисциплинарныя взысканія опредѣляются при томъ орга-

60) Подробный перечень исключеній см у Жижиленко, 659 и слѣд.

61) За предоставленіе опредѣленія наказанія суду Таганцевъ (I, 57), но исходя изъ положенія личности въ правовомъ государствѣ; это обоснованіе особенно цѣнно, если не придавать значенія элементу осужденія. Напротивъ. сторонникъ послѣдняго проф Жижиленко упускаетъ его изъ виду, при разрѣшеніи настоящаго вопроса, и не считаетъ назначеніе наказанія судомъ существеннымъ для самого понятія (656). Вводитъ этотъ признакъ Liszt, 253.

нами государства, напр., начальствомъ въ отношеніи подчиненныхъ, иногда даже судебными органами, напр: судебною палатою въ отношеніи присяжныхъ повѣренныхъ (въ порядкѣ обжалованія постановленій спеціальныхъ корпоративныхъ Совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ), Дисциплинарнымъ присутствіемъ Сената въ отношеніи лицъ судейскаго званія[62]). Сама дисциплинарная власть единеній и союзовъ или признается государствомъ, которое иногда ближе намѣчаетъ ея предѣлы, или же устанавливается имъ въ законахъ, въ спеціальныхъ уставахъ (напр, власть Совѣтовъ прис. повѣр.), и делегируется опредѣленнымъ корпораціямъ Въ особенности мѣры этой категоріи представляютъ много сходнаго съ наказаніемъ· таковы вычетъ изъ времени службы, положеннаго для выслуги въ пенсію, арестъ на семь дней, увольненіе отъ должности

Тѣмъ не менѣе дисциплинарное взысканіе не есть наказаніе въ смыслѣ уголовно-правовомъ[63]). Оно *часто* составляетъ *послѣдствіе не правонарушенія*, а нарушенія требованій или запретовъ другихъ соціальныхъ нормъ или религіи дисциплинарныя взысканія влекутъ, напримѣръ, нарушенія школьнаго порядка, поступки, несовмѣстимые съ достоинствомъ присяжнаго повѣреннаго, члена ученаго общества, клуба, не допускающіе ближайшаго опредѣленія, не предусмотрѣнные точнѣе въ какомъ-либо законѣ[64]). Этотъ расплывчатый, не укладывающійся въ формулы составовъ преступленія, характеръ эти поступки сохраняютъ и тогда, когда о нихъ говоритъ законъ, вводящій за нихъ (напр., Учреж. Суд Уст за такое поведеніе судьи) дисциплинарную отвѣтственность. Но и при тѣхъ поступкахъ, которые болѣе уловимы, какъ нарушеніе опредѣленныхъ закономъ или циркуляромъ обязанностей государственной, гражданской или военной службы, когда поведеніе пріобрѣтаетъ

62) Суды дѣйствуютъ здѣсь однако въ особомъ порядкѣ, отличномъ отъ истиннаго судебнаго процесса.

63) Жижиленко называетъ его негосударственнымъ наказаніемъ (см особ. 582) Полезнѣе однако въ самомъ терминѣ (взысканіе, мѣра) оттѣнить особенность даннаго понятія, отличіе его отъ другого.

64) Это справедливо подчеркиваютъ Binding, Grundriss, 231 и Manzini, I, 74, 75

характеръ нарушенія правовыхъ нормъ, дисциплинарное взысканіе все-таки отличается отъ наказанія[65]) дисциплинарная мѣра примѣняется *не отъ имени государства*, и выражаетъ осужденіе не со стороны этого послѣдняго, а отъ имени и со стороны того особаго единенія, интересъ котораго нарушенъ этимъ дѣяніемъ. Различныя, хотя бы и государственныя, единенія, служа общимъ задачамъ государства, имѣютъ свой *спеціальный кругъ интересовъ*[66]) служебныхъ, коллегіальныхъ, которые находятся только въ косвенной связи съ осуществленіемъ общихъ государственныхъ задачъ; непосредственное отношеніе нарушеніе этихъ интересовъ имѣетъ къ той организаціи, къ которой принадлежитъ должностное лицо; ближайшее опредѣленіе круга обязанностей и той степени ихъ неисполненія, которая требуетъ примѣненія дисциплинарнаго взысканія, предоставляется обыкновенно лицамъ, стоящимъ во главѣ этой организаціи.

При извѣстномъ наростаніи, дисциплинарныя нарушенія могутъ выходить за предѣлы интересовъ данной общественной или государственной корпораціи и пріобрѣтаютъ тогда значеніе преступныхъ дѣяній (напр., лихоимство),

---

65) Именно эти случаи послужили основаніемъ контраверзъ по вопросу объ отличительномъ признакѣ дисциплинарныхъ взысканій Старая доктрина, затрудняясь найти различіе, склонялась къ признанію тожества дисцип. взысканія съ наказаніемъ. Иногда особенность перваго видѣли въ цѣли, такъ, Binding (Normen, I, 501) усматривалъ въ немъ средство принужденія къ исполненію, Laband сближалъ его съ гражданско-правовымъ послѣдствіемъ, признавалъ его вытекающимъ изъ властвованія хозяина надъ служащимъ, въ отличіе отъ отношенія господства государства надъ подданнымъ Но взгляды Биндинга и отчасти Лабанда (въ отношеніи аналогіи съ гражданскими послѣдствіями) несогласимы съ такими мѣрами, какъ удаленіе изъ службы, арестъ и съ возможностью одновременно гражданскаго иска и дисциплин взысканія. Напротивъ, идея объ отличіи отъ государственнаго господства (imperium) частнаго властвованія, проявляющагося въ правѣ на дисциплинарное взысканіе, поддерживается большинствомъ ученыхъ (см, напр, Finger, 446, Liszt, 253; Manzini, I, 73—„subordinazione particolare“, Фонъ-Резонъ въ Ж. Гр., 1889 г № 8; Жижиленко, 628; у него же указан. на друг).

66) На этомъ отличіи основываетъ разграниченіе Н С. Таганцевъ, I, 64 и слѣд., излагающій вопросъ въ главѣ о видахъ неправды

на ступень которыхъ ихъ возводитъ государство спеціальнымъ опредѣленіемъ ихъ признаковъ въ уголовномъ законѣ. Тогда такое дѣяніе влечетъ наказаніе, назначаемое въ судебномъ порядкѣ Но основная черта нарушенія продолжаетъ играть роль и можетъ вызывать дисциплинарныя послѣдствія кромѣ наказанія.

Кромѣ этого практически важнаго слѣдствія различія между наказаніемъ и дисциплинарнымъ взысканіемъ, слѣдуетъ отмѣтить и нѣкоторыя другія: непримѣнимость къ послѣднему началъ о давности, совокупности, помилованьи, поскольку въ Указѣ о послѣднемъ не будетъ сдѣлано спеціальное указаніе на смягченіе или сложеніе дисциплинарныхъ взысканій Эти положенія относятся и къ мѣрамъ защиты и къ другимъ не составляющимъ наказанія и лишь сходнымъ съ послѣднимъ институтамъ.

2. Не относятся къ наказанію и нѣкоторыя *понудительныя мѣры*, имѣющія цѣлью вызвать исполненіе опредѣленныхъ обязанностей, напр, денежные штрафы за неявку свидѣтеля по вызову суда, пени за несвоевременный взносъ нѣкоторыхъ налоговъ. въ этихъ мѣрахъ отсутствуетъ элементъ осужденія;

3. не относятся сюда далѣе *денежныя взысканія* въ пользу казны *за нѣкоторыя фискальныя нарушенія*. во многихъ случаяхъ эти взысканія имѣютъ смѣшанный характеръ, представляя собою возмѣщеніе понесенныхъ казною имущественнаго вреда и убытковъ, и въ то же время какъ-бы неустойку за неисполненіе фискальной обязанности: законъ обязываетъ внести неуплаченную сумму въ двойномъ, тройномъ, вообще въ нѣсколько разъ превышающемъ ее размѣрѣ Сходство съ неустойкой заключается въ томъ, что и здѣсь настигается сумма понесенной потери, часто гораздо бо́льшая той, которую въ данномъ случаѣ удалось установить, такъ какъ много нарушеній остается не открытыми, и неустойка особенно полезна, когда размѣры убытковъ трудно установить въ процессѣ [67])

IV. Рѣзко отличается отъ наказанія *возмѣщеніе* причиненнаго *вреда* [68]). Это различіе выражается въ функціяхъ, вы-

---

67) Литературныя указанія и контраверзы см. у Жижиленко (538 и слѣд, 561 слѣд., къ ц. 2—стр. 664 и слѣд. 659 пр. 2), который широко пользуется выраженіями „гражданское наказаніе", „частное наказаніе", не отличающимися точностью.

68) См особенно Binding, Normen, I, § 40 и § 41

полняемыхъ обоими институтами, чѣмъ опредѣляется и ихъ содержаніе: функція наказанія и характерныя его черты приведены выше, что же касается возмѣщенія вреда, то его функція состоитъ въ возстановленіи нарушеннаго дѣяніемъ (или упущеніемъ) правомѣрнаго состоянія посредствомъ предоставленія его эквивалента [69]), отсюда и отсутствіе элемента осужденія или неодобренія въ возмѣщеніи вреда и связанная съ этимъ независимость его отъ виновнаго характера причинившаго его дѣйствія, а также единственная возможная его форма—лишеніе противной стороны равноцѣнности [70]). Возмѣщеніе вреда можетъ падать и на третье лицо, какъ наслѣдникъ того, кто причинилъ вредъ, или лицо, обязанное, по гражданскимъ законамъ, нести такую отвѣтственность, напр., на хозяина за вредъ, причиненный приказчикомъ. Къ возмѣщенію вреда ведетъ иногда даже дѣяніе, лишенное противоправнаго характера (напр, содержаніе фабрики возлагаетъ на фабриканта обязанность возмѣщать пострадавшему рабочему его заработокъ), или представляющее собою осуществленіе права (напр., права принудительнаго отчужденія земли для постройки желѣзной дороги) [71])

Поэтому неправильно считать возмѣщеніе вреда послѣдствіемъ именно преступленія или даже только неправды вообще, какъ съ дру-

---

69) Образно выражаетъ эту мысль Биндингъ (288); „наказаніе должно нанести рану, возмѣщеніе вреда должно исцѣлить рану, не причиняя, если возможно, второй". Возмѣщеніе вреда, дѣйствительно, не всегда окажется зломъ для другой стороны. Ср такое же противопоставленіе Finger'a, 447, Janka-Kallina, § 79—III, 1; Liszt'a, 251 и возраженія Жижиленко, 527, который правъ только въ томъ отношеніи, что признакъ „зло" страдаетъ неточностью и въ опредѣленіи наказанія (ср выше, 102).

70) Впрочемъ, иногда гражданское удовлетвореніе потерпѣвшаго идетъ дальше этого, напр., въ нѣмецкой Busse или при возмѣщеніи моральнаго вреда во французскомъ и англійскомъ правѣ, но и въ этихъ случаяхъ это *денежное* удовлетвореніе *потерпѣвшаго*. См. Graf zu Dohna въ V. D. I, 236 и слѣд, особ. 252. О нѣкоторомъ вліяніи вины выше, стр. 102.

71) Ср. Dohna, op. c., 232 и R. Merkel. Die Kollision der rechtsmassigen Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtsmassigen Handlungen 1895. Такъ же Manzini I, 134 принципъ. „cujus commoda, ejus damna".

той стороны, неправильно отожествлять возмѣщеніе вреда съ наказаніемъ [72]). Если первое служитъ защитѣ права и можетъ имѣть и предупредительное дѣйствіе на населеніе, то не въ этомъ случайномъ рефлексѣ его заключается его сущность [73]).

---

72) Въ этомъ смыслѣ Heinze въ Holtzendorffs Handb. f. Strafrecht, I, 337 Близко къ этому A Merkel въ Kriminal. Abh. I, 57 и слѣд. См. еще Merkel-Liepmann, § 65.

73) О различныхъ другихъ взглядахъ на возмѣщеніе вреда, кромѣ изложеннаго въ текстѣ, который можно признать наиболѣе распространеннымъ, см. Жижиленко, 504, слѣд.

ГЛАВА V.

Цѣли наказанія. Обоснованіе его.

I. Основная цѣль наказанія и промежуточныя, ближайшія цѣли его. II. Относительныя, смѣшанныя и абсолютныя теоріи. Важнѣйшія изъ относительныхъ теорій. III. Масштабъ наказанія, съ точки зрѣнія различныхъ школъ IV Классификація преступниковъ и индивидуализація наказанія. V Вопросъ о совмѣстимости спеціальнаго предупрежденія съ общимъ и съ идеей возмездія. VI Обоснованіе института наказанія и такъ назыв. право наказанія.

Литература. Изъ почти необозримой литературы вопроса особенно важны къ ц. I *Liszt.* Der Zweckgedanke im Strafrecht и Kriminalpolit. Aufgaben. *Merkel.* Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht *Binding* въ Grunh. Zeitschr. IV. *Фойницкій.* Ученіе о наказаніи. *Мокринскій.* Наказаніе, его цѣли и предположенія, I. *Saleilles.* L'individualisation de la peine. *Aschaffenburg.* Das Verbrechen und seine Bekampfung. *Ferri.* Sociol. crim. *Garofalo.* La criminologie *Liepmann* Einleitung, и въZ. XXVIII Труды М С. см. выше стр 32 и пр 18 ibid. *Aschrott* въ V. D. I, 68 и *Liszt*, ibid. 374. Къ ц. II *Познышевъ,* Основные вопросы ученія о наказаніи. *Heinze* въ Holtzendorffs Handbuch, I. *Bar.* Handbuch. *R Schmidt* указан. работы, особ. Die Aufgaben der Strafrechtspflege. Изъ курсовъ *Таганцевъ*, II. Сжатое и яркое изложеніе теорій у *Биндинга* въ Grundriss Къ ц III—V см. литерат. къ ц. I и *Krit. Beiträge* (выше, стр. 35), особ. *Studien Биркмейера* Къ ц. VI см. литерат. къ ц. II-й. Далѣе литерат., указан. въ примѣч. къ настоящ главѣ

I. *Цѣль наказанія—поддержаніе ненарушимости правовыхъ нормъ и охраняемыхъ ими благъ* [1]). *Эта цѣль въ извѣстной мѣрѣ достигается:*

---

1) Liepmann Einleitung, 102, Ianka-Kallina, 11, Liszt, § 13—III; Lammasch, § 1—V. Слишкомъ отвлеченно Binding, 226 (для поддержанія авторитета нарушеннаго закона, не упоминая о защитѣ благъ) и особ.

1) *общимъ предупрежденіемъ, т. е. вліяніемъ на все населеніе*

a) *справедливой отрицательной оцѣнки* (*осужденія*) *преступнаго дѣянія и личности преступника*—идея, выдвинутая сравнительно недавно и находящая сторонниковъ въ различныхъ лагеряхъ криминалистовъ (см. предыд. главу).

b) *устрашительнаго дѣйствія угрозы наказаніемъ* — идея, встрѣчающаяся уже у Томаса Гоббса и Ж. Ж. Руссо, но особенно подчеркнутая Ансельмомъ *Фейербахомъ* въ его теоріи психологическаго принужденія,

c) *устрашительнаго* [2]) *дѣйствія примѣненія наказанія*— идея, проходящая красной нитью въ исторіи уголовнаго права [3]), нашедшая выраженіе въ символическомъ таліонѣ, съ его наглядным подтвержденіемъ связи кары съ преступленіемъ, и въ публичномъ исполненіи жестокихъ квалифицированныхъ казней, членовредительныхъ и иныхъ тѣлесныхъ наказаній, а теоретическую защиту получившая въ трудахъ Филанджіери и Гмелина, въ концѣ XVIII в. [4]), и Миттельштедта [5]), въ концѣ XIX в. Со смягченіемъ нра-

---

въ Normen, I, 419 (утвержденіе господства права—Rechtsherrlichkeit) и Beling. Vergeltungsidee, 43, (охрана авторитета права). Справедливо указываетъ Oetker (GS. т. 78, стр. 83 и слѣд.; особ. 96), что теорія Биндинга не даетъ критерія для мѣры наказанія, а для авторитета права ущербъ тѣмъ меньше, чѣмъ меньше огласки получило преступленіе; отъ этого должна была бы зависѣть тяжесть наказанія. Въ этомъ смыслѣ и Lammasch (GS т. 44, стр 152), усматривающій въ Rechtsherrlichkeit возмездіе (прежняго типа) и называющій это ученіе новѣйшей схоластикой.

2) а, по Листу (l c), также воспитывающаго дѣйствія.

3) Особенно рельефно Ульпіанъ „ut exemplo deterriti minus delinquant", Цицеронъ: „ut metus ad omnes, poena ad paucos perveniret". Сторонникъ устрашенія знаменитый Спиноза. Эта цѣль прямо высказывается законодательствами въ эпоху окрѣпшей государственной власти, напр, Каролиной, Соборнымъ Улож. 1649 г. См. Bar Handb', 211, 223; Garraud, I, 111 (цитир. Бомануара).

4) См. Познышевъ. Основ. вопросы, 252 и слѣд.; Bar, Handb. 235, 236 Гмелинъ и Филанджіери впрочемъ не доводятъ послѣдовательности до защиты квалифицированныхъ казней и членовредительныхъ наказаній.

5) Mittelstädt Gegen die Freiheitsstrafen 1879 Онъ исходитъ изъ невозможности достигнуть исправленія преступника тюрьмою и не-

вовъ, эта идея утратила популярность[6]), но нельзя отрицать и нынѣ устрашительнаго дѣйствія наказанія, хотя и чуждаго прежней жестокости, напр.: тюрьмы, каторги,

2) *спеціальнымъ предупрежденіемъ, т. е. вліяніемъ наказанія на личность преступника*, которое можетъ выражаться:

а) *въ* нравственномъ *исправленіи преступника*, достижимомъ почти исключительно въ отношеніи юныхъ преступниковъ, или же въ т. назыв юридическомъ (или гражданскомъ) исправленіи, т е въ привитіи соціально-полезныхъ привычекъ и сообщеніи полезныхъ знаній, оберегающихъ отъ рецидива Идея нравственнаго исправленія, встрѣчающаяся уже у Платона и Аристотеля[7]), въ каноническомъ правѣ и у первыхъ дѣятелей тюремной реформы. съ одной стороны, у американскихъ квакеровъ (филадельфійская система одиночнаго заключенія), съ другой стороны, у Говарда, особенно выдвинута писателемъ школы Краузе-Аренса—Редеромъ. Въ недавнее время та же идея въ иной формѣ выступаетъ у Колера[8])—теорія очищенія страданіемъ преступника и общества. Нынѣ поддерживается цѣль юридическаго исправленія[9]),

---

устрашительной организаціи этого наказанія защищаетъ смертную казнь и тѣлесныя наказанія, какъ лучшія средства къ единственно достижимой наказаніемъ цѣли—устрашенію

6) Главное возраженіе было сдѣлано уже Беккаріей не суровость, а неизбѣжность кары удерживаетъ отъ преступленія; населеніе, при щедромъ примѣненіи жестокихъ каръ, перестаетъ на нихъ реагировать, привыкаетъ къ нимъ. Далѣе, какъ говоритъ проф. Фойницкій чѣмъ менѣе чувствительно общество, тѣмъ должно быть суровѣе наказаніе... наказаніе приходилось отбывать не за свою вину, а за нравы общества (стр. 55).

7) См. Bar, 205 и слѣд

8) См работы, указан выше стр 102 и 113. Но служитъ ли это цѣли защиты нормъ и правовыхъ благъ, у Колера не выступаетъ отчетливо Жижиленко (206) относитъ Колера къ сторонникамъ самоцѣльности наказанія

9) Такъ криминалисты, цитир. въ 1-мъ примѣч.—Напротивъ, С. В. Познышевъ (§ 275) не только ставитъ наказанію задачу исправлять человѣка нравственно, но и подчеркиваетъ эту задачу какъ разъ въ отношеніи лицъ, совершившихъ болѣе тяжкія дѣянія преступленія въ тѣсномъ смыслѣ (Познышевъ имѣетъ въ виду двучленное дѣленіе; см. ниже) Къ этой категоріи авторъ относитъ группу эндогенныхъ преступниковъ, а къ послѣднимъ профессіональныхъ, вырожденныхъ,

b) *въ* поставленіи преступника въ невозможность продолжать преступную дѣятельность—*обезвреженьи, элиминаціи*. Это значеніе наказанія было оцѣнено очень давно: выдача лихихъ людей, смертная казнь, позже ссылка имѣли цѣлью избавить государство отъ вреднаго и опаснаго элемента; членовредительныя наказанія, напр. отрубаніе руки вору, урѣзаніе языка за неистовыя рѣчи (Соборн. Улож.), кромѣ нагляднаго возмездія, должны были также служить обезвреженью преступника въ области, въ которой отъ него можно было ожидать новыхъ преступленій; клеймленіе, выжиганіе слова „вор“ на щекахъ и на лбу, кромѣ облегченія поимки преступника на случай побѣга, имѣло еще тотъ смыслъ, что предостерегало населеніе противъ опаснаго человѣка [10]). Уничтоженіе преступника, въ случаѣ невозможности его исправить, допускали между прочимъ такіе мыслители, какъ Платонъ, Локкъ, Дидеро, Милль [11]). Въ XVIII в. идею обезвреженья поддерживалъ Зонненфельсъ въ отношеніи неисправимыхъ, закоренѣлыхъ преступниковъ Въ XIX в. ее особенно выдвинула антропологическая школа см. выше, стр. 30), и въ болѣе смягченной формѣ принимаетъ соціологическая школа;

c) *въ устрашеніи отбывающаго наказаніе.* Этотъ взглядъ выдвинулъ Грольманъ, приписывавшій устрашенію исправительное дѣйствіе на преступника. Въ нѣсколько иной формѣ эта идея поддерживается новѣйшими криминалистами, напр. Ламмашемъ: преступникъ на опытѣ испытываетъ чувствительность кары, и впослѣдствіи мысль о преступленіи скорѣе и ярче ассоціируется съ наказаніемъ, и эта ассоціація легче удерживаетъ отъ преступнаго дѣянія, чѣмъ могла бы этого достигнуть одна угроза, уже разъ оказавшаяся безсильной [12]);

3) *удовлетвореніемъ, доставляемымъ потерпѣвшему, укрѣпляющимъ его уваженіе къ правопорядку* и устраняющимъ само-

---

невропатовъ; но нравственное исправленіе *такихъ* преступниковъ еще менѣе вѣроятно (чтобы не сказать невозможно), чѣмъ другихъ.

10) См. Фойницкій, 154.

11) Bar, 207, 226, пр. 66, 229.

12) Lammasch, l c; Liszt, 80. Manzini, III, 2.

расправу. Значеніе этой стороны наказанія особенно велико въ эпоху композицій; нынѣ оно почти поглощается цѣлью общей превенціи[13]).

II. Общее и спеціальное предупрежденіе будучи средствами достиженія указанной основной цѣли наказанія въ то же время составляютъ также цѣли послѣдняго промежуточныя, ближайшія, на которыя разложима основная цѣль. Уже *Бентамъ* подмѣтилъ это соотношеніе и правильно опредѣлилъ значеніе общей и спеціальной превенціи и три частныхъ цѣли, на которыя распадается въ свою очередь эта послѣдняя[14]). Но прошло почти сто лѣтъ, пока эта постановка вопроса о цѣли и цѣляхъ наказанія получила развитіе и господство въ наукѣ. Въ настоящее время нѣтъ теоріи, которая не признавала бы цѣлесообразности наказанія и не отводила бы мѣста общему и спеціальному предупрежденію[15]). Въ этомъ смыслѣ всѣ теоріи можно признать *цѣлевыми, или относительными, или утилитарными.* Вопросъ заключается только въ объемѣ, въ которомъ эти цѣли находятъ признаніе. у классиковъ преобладаетъ общее предупрежденіе—возмездіе, а изъ цѣлей спеціальной превенціи элиминація встрѣчаетъ наименьшее сочувствіе[16]), у сторонниковъ соціологическаго направленія наоборотъ. часто меркнетъ значеніе общей превенціи[17]) или же сохраняется нѣкоторая роль за устрашеніемъ[18]), другая сторона—спра-

13) См. выше, глава IV, стр. 111 и Lammasch, 4, Liszt, 72. Познышевъ въ удовлетвореніи потерпѣвшаго видитъ рефлективное дѣйствіе наказанія, не отражающееся на мѣрѣ послѣдняго (Основ. нач., 76).

14) Bentham - Dumont. Théorie des peines et des récompenses. 1825 г. I. 13—16. Напротивъ, разложеніе цѣли общаго предупрежденія, какъ въ текстѣ, принадлежитъ новѣйшему времени, какъ указано въ предыдущ. главѣ, въ этомъ заслуга Рих. Шмидта.

15) Исключеніе составляютъ Биндингъ, у котораго наказаніе, если и служитъ чему-либо, то отвлеченной идеѣ могущества права, и Колеръ (см. выше).

16) Такъ всѣ сторонники справедливаго воздаянія

17) См., напр., Garofalo (La criminologie), Ferri (La Sociologie crim., особ. 230), Піонтковскій (22); такъ, повидимому, и Познышевъ (Осн. нач. 79). Иначе, т. е. какъ въ текстѣ, Листъ, Delaquis (Z. т. 32, стр. 690) и даже Aschaffenburg (Verbrechen., 206 и слѣд.), далѣе—Лионская школа (Тардъ, Гарро).

18) Grispigni въ указ. брошюрѣ (Il nuovo diritto crim.).

ведливая отрицательная оцѣнка отпадаетъ [19]). Третья школа [20]) комбинируетъ общее предупрежденіе, возмездіе и спеціальное предупрежденіе способомъ, наиболѣе ведущимъ къ основной цѣли— уменьшенію преступности. *Практическое и при томъ большое значеніе получаетъ различіе во взглядахъ въ вопросѣ о масштабѣ, которымъ должно руководствоваться при выборѣ мѣры наказанія въ конкретномъ случаѣ*

Въ исторіи нашей науки, съ одной стороны, наблюдается одностороннее освѣщеніе вопроса о наказаніи: авторы уголовно-правовыхъ теорій выдвигаютъ только одну какую-либо изъ промежуточныхъ цѣлей, игнорируя другія или же касаясь какой-либо изъ послѣднихъ мимоходомъ; съ другой стороны, метафизическая философія создаетъ ученіе о самоцѣльности наказанія: наказываютъ, чтобы наказать, воздаютъ, чтобы выполнить требованіе категорическаго императива, законъ діалектики и т. п., независимо отъ какихъ-либо полезныхъ для общества цѣлей [21]), а только quia peccatum est (*такъ назыв. абсолютныя теоріи*) [22]). Возмездіе-наказаніе представляется необходимымъ слѣдствіемъ преступленія, вытекающимъ уже изъ самого этого факта. Преступникъ— человѣкъ, и причиненіе ему страданія не можетъ быть оправдано никакими соображеніями полезности, а только апріорными началами возмездія, въ указанной выше обрисовкѣ. Почему именно *государство* примѣняетъ наказаніе и почему

---

19) Такъ особ. Ванъ-Гамель, Принсъ, Ферри и друг. сторонники „опаснаго состоянія".

20) Липманъ, Ламмашъ, Торпъ, Тиренъ, см также ниже.

21) Особенно ярко эта мысль выражена въ извѣстномъ изреченіи Канта: «если бы государству предстояло завтра распаденіе, оно сегодня должно казнить послѣдняго оставшагося въ тюрьмѣ преступника» «Fiat justitia, pereat mundus» можетъ быть девизомъ абсолютныхъ теорій.

22) R Schmidt (Strafrechtsreform, 12—15) указываетъ, что дѣленіе теорій на абсолютныя и относительныя составляетъ особенность германской криминалистики и что ихъ различіе обусловливалось различіемъ интересовъ Канта, Гегеля и нѣкоторыхъ ихъ послѣдователей криминалистовъ и всѣхъ другихъ криминалистовъ у вторыхъ главный интересъ былъ—выяснить *цѣль* наказанія, у первыхъ — *оправдать* его *существованіе*, но представленіе о цѣли—удовлетворенія общества—не чуждо и Канту, защиты общества—Гегелю.

оно примѣняетъ его не при *всякомъ* правонарушеніи, чѣмъ объясняется помилованье [23])? На эти вопросы эти теоріи не въ состояніи дать отвѣта, не впадая въ противорѣчія. Независимо отъ этого и отъ другихъ возраженій, относящихся къ точкѣ зрѣнія отдѣльныхъ философовъ и ихъ послѣдователей криминалистовъ, этотъ взглядъ антиисториченъ и не согласуется съ цѣлевымъ характеромъ всякой дѣятельности человѣка и общества людей. безъ цѣли не предпринимается ни одна мѣра, ни одно дѣйствіе. „Цѣль—творецъ всякаго права“ (Іерингъ). Даже тогда, когда наказаніе проявлялось въ формѣ таліона и выражало возмездіе, оно служило и практическимъ цѣлямъ и предназначалось къ поддержанію даннаго общественнаго уклада. Въ символическомъ таліонѣ наглядная связь наказанія съ преступленіемъ должна была вызывать болѣе яркую ассоціацію въ населеніи и дѣйствовать предупредительно.

Нѣкоторыя общія черты съ абсолютными имѣютъ теоріи, которыя, хотя и признаютъ цѣлесообразность наказанія, но ищутъ оправданія его не въ его полезномъ значеніи, чтобы не дѣлать личность орудіемъ для достиженія чужого блага, а въ чемъ-либо другомъ, какъ прирожденное чувство справедливости, ничѣмъ другимъ не объяснимое, кромѣ факта его существованія—„elle (justice) est, parce qu'elle est“ (Rossi, сходно Ortolan) [24]), или естественное право обороны, существовавшее до государства и затѣмъ перешедшее къ послѣднему (Servin и нѣкот. друг.); эти теоріи могутъ быть названы *смѣшанными*, поскольку онѣ не отрицаютъ и пользы наказанія. Близка къ нимъ и *правовая теорія* въ различныхъ ея варіантахъ: Лайстнера, Гейнце, Биндинга, Сергѣевскаго и отчасти Таганцева [25]). Правовая теорія различаетъ право

---

23) Эти отступленія принужденъ былъ допустить самъ Кантъ (см. предыдущ. главу).

24) Rossi-Hélie. Traité (1863), I, 230 и кн. I, гл. XII и XIII. Ortolan, I, № 185 и слѣд. См. также Garraud, I, 40.

25) Heinze въ Holtz. Handb d. Strafrechts I, 321 и слѣд. Laistner. Das Recht in der Strafe. 1872. Binding (Grundr.), 230—234 и Problem der Strafe въ Grunh. Z. IV, 417, Таганцевъ, II, 877—880, ср. однако 912 и слѣд.; Сергѣевскій, 73, отводящій правовымъ теоріямъ особое мѣсто; къ абсолютнымъ относитъ ихъ Фойницкій (53); послѣднія напоми-

наказанія, вытекающее изъ самой идеи права, правопорядка, являющееся какъ-бы другой стороной преступленія, его необходимымъ спутникомъ, существующее до какого бы то ни было уголовнаго закона, и обязанность наказанія для государства; эта обязанность ограничена соображеніями важности интереса. государство наказываетъ только тогда, когда зло отъ непримѣненія наказанія больше зла, заключающагося въ послѣднемъ и для государства (Биндингъ). Такимъ образомъ эта теорія, какъ и указанныя смѣшанныя, въ итогѣ рѣшаетъ вопросъ о пользованіи институтомъ наказанія со стороны государства независимо отъ идеи справедливости и т п.; эта и тому подобныя идеи представляютъ совершенно ненужныя субъективныя построенія, не опирающіяся на факты дѣйствительности и даже разбивающіяся при столкновеніи съ ними[26]) Да и положеніе, что наказаніе есть какъ-бы обратная сторона преступленія, что оно такое же исполненіе чего-либо въ пользу государства, какъ гражданское удовлетвореніе отвѣтчика, выводится въ итогѣ изъ идеи цѣли[27]): у Биндинга и Сергѣевскаго это поддержаніе авторитета права, у Н. С. Таганцева приводится въ доказательство рядъ полезныхъ для правопорядка слѣдствій наказанія. Такимъ образомъ въ сущности и эти теоріи можно отнести къ утилитарнымъ (такъ Познышевъ)[28]). Заслуга правовыхъ теорій состоитъ въ томъ, что ими подчеркнута основная цѣль наказанія, тогда какъ до 70-хъ годовъ XIX в. она затушевывалась или отдѣльными цѣлями спеціальнаго предупрежденія, или же одностороннимъ пониманіемъ общаго предупрежденія, какъ устрашенія.

Изъ теорій относительныхъ особеннаго вниманія заслуживаютъ слѣдующія·

наютъ онѣ априорностью сужденія, что наказаніе есть необходимое слѣдствіе преступленія, или, что право наказанія есть превращеніе права на повиновеніе въ право государства на удовлетвореніе за невозстановимый вредъ (Binding).

26) Основное противорѣчіе заключается въ томъ, что наказаніе оказывается не необходимымъ спутникомъ деликта, что есть деликты ненаказуемые, есть помилованье; наказаніе только возможный спутникъ деликта, и вопросъ, когда оно слѣдуетъ за послѣднимъ, рѣшается по соображеніямъ цѣлесообразности.

27) Правильно Janka-Kallina, 10.

28) Основ. вопросы учен о нак., глава VI.

Теорія психологическаго принужденія Ансельма Фейербаха[29]). Зародышъ этой теоріи уже у Аристотеля и особенно у Томаса Гоббса преступникъ сравниваетъ выгоду или удовольствіе, ожидаемыя отъ преступленія съ тѣмъ зломъ, которое заключается въ наказаніи, и выбираетъ то, что ему представляется лучшимъ, говоритъ Гоббсъ, происходитъ какъ-бы взвѣшиваніе[30]) Изъ той же мысли исходитъ Фейербахъ источникъ преступленія чувственная природа человѣка, законодатель долженъ противопоставить ожиданіямъ преступника угрозу столь значительнымъ зломъ кары, чтобы оно перевѣшивало неудовольствіе, которое испыталъ бы преступникъ отъ неудовлетвореннаго влеченія къ преступному дѣянію Отсюда необходимость суровыхъ наказаній, расчитанныхъ на наиболѣе сильное влеченіе къ преступному дѣянію. Хотя Фейербахъ и полагалъ, что наказаніе должно повышаться съ увеличеніемъ важности объекта преступленія, но этотъ выводъ не вытекаетъ изъ его взгляда на задачу наказанія, какъ она обрисована выше· сила влеченія далеко не всегда обусловливается важностью объекта; напротивъ, наибольшее тяготѣніе къ преступнымъ дѣяніямъ наблюдается у профессіональныхъ и привычныхъ преступниковъ, среди которыхъ много среднихъ и мелкихъ, напр , воровъ, мошенниковъ; наказаніе должно было бы находиться внѣ всякой соразмѣрности съ важностью нарушаемаго интереса. Баварскій кодексъ 1813 г., продуктъ творчества Фейербаха, дѣйствительно отличался необыкновенной строгостью наказаній, и вскорѣ потребовалось прибѣгнуть къ существенному ихъ смягченію. Кромѣ этого недостатка, теорія Фейербаха страдаетъ и другими преступникъ въ большинствѣ случаевъ не знаетъ размѣра наказанія, положеннаго въ законѣ, еще меньше можетъ угадать ту мѣру, которую изберетъ судъ, и поэтому не въ состояніи произвести сравненіе, предполагаемое Фейербахомъ, отъ преступленія удерживаетъ скорѣе мысль о неизбѣжности наказанія, чѣмъ представленіе о его тяжести Далѣе, каждое преступленіе было бы testimonium paupertatis закона, не установившаго болѣе тяжкаго наказанія, которое склонило бы вѣсы въ пользу закономѣрнаго поведенія, и въ фактѣ преступленія оказался бы виновнымъ въ итогѣ самъ законодатель, допустившій ошибку въ выборѣ ставки наказанія[31]).

Нѣкоторую поправку вноситъ въ эту теорію *Бауэръ* (*теорія предостереженія*)[32]) угроза наказаніемъ, по его мнѣнію, призвана воздѣйствовать не на одну чувственную, но и на нравственную сторону человѣка, укрѣпляя чувство долга, побуждая внимательнѣе относиться къ требованіямъ права, такъ какъ преступленіе нерѣдко имѣетъ своимъ источникомъ слабость нравственнаго чувства и недостаточную вдумчивость

---

29) См. его труды, названные выше, стр. 21

30) См. Liszt (изд. 8), 76, пр. 8.

31) См. Binding, 220, 221.

32) Bauer Die Warnungstheorie. 1830 Abhandlungen aus dem Strafrechte. I 1840 г.

Фейербахъ, а также Бауэръ, придаютъ главное значеніе угрозѣ наказаніемъ, а не самому примѣненію послѣдняго, это примѣненіе представляется скорѣе слѣдствіемъ необходимости сообщить угрозѣ реальную силу, иначе она оставалась бы пустымъ звукомъ. Нѣкоторое значеніе придается и побочнымъ цѣлямъ наказанія, достижимымъ при его примѣненіи; Фейербахъ упоминаетъ объ устрашительномъ дѣйствіи публичнаго исполненія кары, о безопасности общества отъ преступника и юридическомъ его исправленіи.

Этой послѣдней цѣли должно служить наказаніе по взглядамъ Грольмана и Редера. *Грольманъ*[33]), говоря о политическомъ исправленіи, въ сущности имѣетъ въ виду или лишеніе преступника возможности продолжать преступную дѣятельность, или, и даже главнымъ образомъ, устрашеніе его на будущее съ той же цѣлью предотвратить повтореніе, на преступленіе Грольманъ смотритъ, какъ на проявленіе одичалости, постоянной преступной склонности, на наказаніе, какъ на средство искоренить эту склонность. Н. С. Таганцевъ[34]) справедливо называетъ Грольмана предтечей антропологической школы, но на апріорномъ основаніи: semel malus, semper talis. *Нравственное исправленіе* преступника служитъ единственной цѣлью наказанія у *Редера*[35]). Преступникъ нуждается въ дополнительномъ воспитаніи и опекѣ, какъ несовершеннолѣтній; необходимо развивать и упражнять его волю въ сторону правомѣрности и удалять внѣшнія побужденія къ преступленію. Наказаніе благо и для государства, и для преступника, и послѣдній даже въ правѣ требовать наказанія. Оно не можетъ быть назначено на опредѣленный срокъ, а должно прекращаться съ достиженіемъ цѣли —по исправленіи. Отсюда періодическіе пересмотры приговора. Карательнымъ средствомъ должно быть только лишеніе свободы, но не смертная казнь или тѣлесныя наказанія.

Если пренебреженіе цѣлями спеціальнаго предупрежденія составляетъ одинъ изъ недостатковъ теорій Фейербаха и Бауэра, то у Грольмана и Редера недостатокъ въ игнорированіи общаго предупрежденія и въ уже отмѣченной односторонности: теорія Грольмана предполагаетъ существованіе только привычныхъ преступниковъ, теорія Редера непримѣнима ни къ тѣмъ, кто не нуждается въ исправленіи, ни къ тѣмъ, на исправленіе которыхъ нѣтъ шансовъ; сама задача исправленія намѣчается слишкомъ широко— какъ нравственное возрожденіе личности, цѣль, за рѣдкими исключеніями, недостижимая въ атмосферѣ тюрьмы. У Грольмана и Редера стушевывается объективное значеніе преступнаго дѣянія, у Фейербаха и Бауэра—характеръ личности преступника, при опредѣленіи мѣры наказанія.

---

33) Grolman. Ueber die Begrundung des Strafrechts. 1799 и Grundsatze der Kriminalrechtswissenschaft. § 1—§ 14.

34) II, 903.

35) Roder. Zur Rechtsbegrundung der Besserungsstrafe. 1846; Besserungsstrafe und Besserungsanstalten. 1864 и нѣкот. друг работы.

Гораздо шире взглядъ на задачи наказанія *Велькера*[36])—*теорія заглаженья идеальнаго вреда отъ преступленія.* Соотвѣтственно съ различными вредными въ этомъ смыслѣ послѣдствіями, наказаніе, по Велькеру, преслѣдуетъ 7 цѣлей: 1) нравственнаго и 2) юридическаго исправленія преступника, 3) возстановленія уваженія и довѣрія къ нему согражданъ, 4) возстановленія правомѣрной воли у другихъ лицъ и ихъ уваженія къ праву, 5) возстановленія чести и достоинства потерпѣвшаго и 6) правомѣрной воли у него, 7) очищенія государства отъ совершенно испорченныхъ сочленовъ 1-я, 2-я и 7-я изъ указанныхъ цѣлей выражаютъ не что иное, какъ спеціальное предупрежденіе, 4 и отчасти 6 (устраненіе саморасправы) — общее 3-я и 5-я суть рефлективныя послѣдствія наказанія и достигнутаго имъ исправленія. Соединеніе всѣхъ этихъ цѣлей въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ однако невозможно, а различіе цѣлей въ зависимости отъ классификаціи преступниковъ осталось чуждо этой соединительной попыткѣ, хотя намекъ на это можно видѣть въ выдѣленіи категоріи неисправимыхъ (см цѣль 7-ю). По обоснованію обязанности заглаженья идеальнаго вреда, связанному съ специфической природой преступленія, теорія Велькера является связывающимъ звеномъ между теоріей возмездія Гегеля и правовыми теоріями[37]).

III При господствѣ метафизическихъ теорій возмездія и односторонніхъ относительныхъ теорій, вопросъ объ опредѣленіи мѣры наказанія, о масштабѣ его примѣненія не возбуждалъ затрудненій и не привлекалъ особаго интереса, тѣмъ болѣе, что для представителей чистой теоріи и философовъ онъ былъ далекимъ. Криминалисты школы Гегеля однако считались и съ тѣми полезностями для общества и преступника, которыя можно извлечь и изъ самого примѣненія наказанія. Цѣли спеціальнаго предупрежденія въ извѣстной мѣрѣ признавали Абеггъ, Кестлинъ, Бернеръ, а также основатель другого взгляда (не возмездія, а общаго предупрежденія) Фейербахъ и французскіе криминалисты,

---

36) Welcker. Die letzten Grunde von Recht, Staat und Strafe. 1813.

37) О сомнительномъ научномъ значеніи уголовно-правовыхъ теорій см. Merkel-Liepmann, 249 Дѣйствительно, многія содержатъ вѣрныя и интересныя мысли, но въ цѣломъ каждая отдѣльная теорія скорѣе запутываетъ вопросъ, чѣмъ разрѣшаетъ его. „Почти всѣ онѣ, говоритъ Биндингъ (203), суть теоріи не дѣйствительнаго, а воображаемаго наказанія, которое авторъ вставляетъ въ идеальный правовой порядокъ, имъ самимъ созданный". Отсюда отрицательное отношеніе къ этимъ теоріямъ Листа, совсѣмъ не отводящаго имъ мѣста въ послѣднемъ изданіи учебника.

сторонники теоріи справедливости. Но эти цѣли почти не играли роли при выборѣ наказанія въ конкретномъ случаѣ, мѣра его опредѣляется идеями возмездія, справедливости или же общаго предупрежденія, и только въ предѣлахъ этой мѣры не отрицается возможность воздѣйствовать на преступника исправленіемъ или устрашеніемъ или польза временной безопасности отъ него[38]). Эта точка зрѣнія поддерживается и современными неоклассиками[39]). При этомъ, мѣра наказанія диктуется тяжестью преступнаго дѣянія, которая зависитъ отъ значенія объективной стороны послѣдняго, отъ степени причиненнаго вреда, отъ опасности для правового блага, отъ большей или меньшей общественной цѣнности его, отчасти отъ способа посягательства. Конечно, различіе умышленнаго и неосторожнаго дѣянія получаетъ надлежащую оцѣнку, но тяжесть умышленной вины или неосторожной опредѣляется указанными объективными моментами. Съ точки зрѣнія возмездія, дѣяніе признается тѣмъ болѣе преступнымъ, чѣмъ вредъ или опасность для блага больше и чѣмъ объектъ посягательства важнѣе; наказаніе соотвѣтственно выше, такой же выводъ дѣлается изъ цѣли общаго предупрежденія высшее благо должно пользоваться большей защитой, посягательство на него карается строже. Таково основное правило, отъ котораго, впрочемъ, допускаются отклоненія и къ концу XIX столѣтія и въ наше время все въ болѣе широкомъ объемѣ, а у криминалистовъ третьей школы эти отклоненія представляютъ сознательное пожертвованіе однѣми цѣлями наказанія для лучшаго достиженія другихъ. Эти криминалисты стоятъ за *компромиссъ различныхъ взглядовъ на наказаніе, за наиболѣе удачное соединеніе различныхъ цѣлей въ интересахъ болѣе продуктивной борьбы съ преступностью* и высказываются противъ доктринерской

---

38) Kostlin, Neue Revision, § 201 и слѣд. особ. § 203, 205 и стр 821 Halschner Das gemeine Deutsche Strafrecht, I, 563, 573, 565. Berner, Lehrbuch (18 изд.), 8, Rossi-Hélie, II, 247 и слѣд., особ. 260—265

39) Такъ R Schmidt, Strafrechtsreform, 91, 92, Nagler, Verbrechensprophylaxe, § 9, особ. 162, 173 и слѣд., Birkmeyer, Strafe und sichernde Massnahmen (1906), 13; Gretener. Zurechnungsfahigkeit im Vorentwurf, 1910, стр 18.

послѣдовательности въ проведеніи опредѣленнаго взгляда до конца[40]).

IV. Представители соціологическаго направленія отчасти склоняются къ компромиссу, готовы признать извѣстное значеніе за идеей справедливаго возмездія, по крайней мѣрѣ, до поры до времени, чтобы не разрывать съ народнымъ правосознаніемъ, но центръ тяжести переносится на спеціальное предупрежденіе, *отдѣльныя цѣли* котораго, въ отличіе отъ односторонности Грольмана, Редера, и отъ соединительныхъ попытокъ прошлаго, сравнительно робкихъ, не опирающихся на статистическія данныя и пенитенціарный опытъ[41]), *ставятся въ тѣсную связь съ принадлежностью преступника къ тому или другому классу*[42]): если классъ состоитъ изъ элементовъ годныхъ къ соціальному приспособленію, то наказаніе должно преслѣдовать цѣль исправленія[43]), если классъ состоитъ изъ закоренѣлыхъ преступниковъ, надежды на исправленіе которыхъ, *при существующихъ пріемахъ* тюремнаго режима, труда, воспитанія, не остается[44]), то въ

---

40) Такъ Vidal, № 50, Joly. Le Combat contre le crime, 28, Cuche въ Revue pénitentiaire, 1907, 953, L'éclectisme en droit pénal Liepmann. Einleitung, 101 и въ Z. XXVIII, 19—21, Мокринскій. Наказаніе, I, § 5 и 6, Lammasch въ GS. 44, стр 178—183; Hippel Strafrechtsreform, 11 и въ Mon. cr. psych. 1913 (годъ X-й, тетр. 2), Kohlrausch въ Festgabe fur Gutterbock 1910 „Sollen und Konnen, als Grundlagen der Strafrechtszurechnung". Rosenfeld въ V. D III, 104, 145 (Strafzumessung), Torp. въ Z. XXVIII, 326 „Въ каждой области права мы постоянно видимъ, что съ крайними слѣдствіями одной самой по себѣ правильной цѣли встрѣчается другая скрещивающаяся правовая цѣль"... „правопорядокъ не есть система логическихъ консеквенцій, какъ, кажется, готовъ признать Биркмейеръ, но путеводная нить для упорядоченья отношеній практической жизни".

41) Ср. Liszt, 73, пр. 1.

42) Такъ особенно Liszt, Zweckgedanke (Aufsatze, I, 265 и слѣд.), Lehrbuch, 76. Въ пользу этого и Таганцевъ, II, 922; сходно Prins, 404.

43) Исключительно къ исправленію сводитъ спеціальное предупрежденіе Познышевъ, § 40. Ср. пессимистическое замѣчаніе Wach'a-Criminalist Schulen, 16. Задачи приспособленія (adaptation) преступника у Garofalo (Criminologie, 251 и слѣд.) обнимаетъ и обезвреженье и даже главнымъ образомъ послѣднее.

44) Это правильно подчеркиваетъ Фойницкій, 48, не упоминающій, впрочемъ, о цѣли обезвреженья. Ср. однако Фойницкій въ Mitth. J K. V. II, 99 и слѣд. и Prins, Leveillé, Stoos (тамъ же).

отношеніи такихъ *неисправимыхъ* наказаніе должно получить характеръ элиминаціи, обезвреженья[45]). Возможно, наконецъ, что преступленіе было случайнымъ эпизодомъ въ жизни преступника, вызваннымъ трагическимъ или неблагопріятнымъ стеченіемъ обстоятельствъ, и что нѣтъ основанія ожидать отъ него новыхъ преступленій, нѣтъ необходимости ни въ исправленіи, ни тѣмъ болѣе въ элиминаціи; наказаніе можетъ служить здѣсь или къ укрѣпленію стимуловъ закономѣрнаго поведенія посредствомъ рѣзкаго напоминанія на будущее (устрашеніе)[46]) или цѣли общей превенціи[47]) и возмездію[47a]), какъ полагаютъ и нѣкоторые криминалисты соціологическаго направленія, и въ особенности третья школа.

Соотвѣтственно *различаются три класса преступниковъ:* 1) *случайные, или эпизодическіе, преступники момента (острая преступность),* 2) *привычные и профессіональные, допускающіе, однако, исиравленіе* (*хроническая преступность*) и 3) *закоренѣлые,*

---

45) См. кромѣ Листа Prins, № 747 и указан. въ предыд примѣч. Leveillé и Stoos, далѣе въ пользу существованія неисправимыхъ Ванъ-Гамель (Mittheil. J. K. V. IV, 291); противъ класса неисправимыхъ Спасовичъ на Петербург. пенитенц конгрессѣ 1890 г. (въ Bulletin de la commission pénitént. Nouvelle série, livrais I и II, 401 и слѣд., 98, 209 II, 466; III и IV, 568, тамъ же друг. доклады и пренія); Познышевъ, 76, и нѣкотор друг. По тому же вопросу см еще доклады Листа, Ванъ-Калькера, Макса Майера для 26-го Съѣзда германск. юристовъ (Deut. Jurist. Zeitung, VII, № 16, стр. 373 и слѣд.); далѣе мою статью „Привычн. и профессіон преступники. Ж М. Ю 1904, окт., особ. стр. 93 и слѣд., Begrundung zum Gegenentwurf, Gennat въ Jahrb f. Gefangnissgessellsch. f. Sachsen, XX, 97 Mittermaier W, въ V. D. III (Die Behandlung der unverbesserlichen Verbrecher), считаетъ понятіе неисправимости неопредѣленнымъ, обнимающимъ кромѣ испорченности также слабоуміе (322). О множествѣ дефективныхъ среди неисправимыхъ Sieffert въ Jurist.-psychiatrische Grenzfragen. B. III, H. 5 (1905 г.), стр. 5—7. О хронической преступности у итальянск. средневѣковъ. юристовъ Ширяевъ Ж. М Ю. 1903, № 5. Въ общемъ для отнесенія къ классу неисправимыхъ требуютъ, поскольку выдѣляютъ отсюда дефективныхъ (см. главу VIII), повторенія серіознаго преступленія послѣ отбытія одного тяжкаго наказанія или нѣсколькихъ.

46) Такъ Lammasch, 3, Liszt, § 15—II, 4, Vidal, 179; Manzini, III, 2, Saleilles, 258. Противъ Aschaffenburg, op cit, 209 (находитъ это весьма сомнительнымъ).

47) Такъ Таганцевъ, II, 922, Saleilles, 114,

47a) Delaquis Z 32, стр 685, 686

или неисправимые[48]). Это схема наиболѣе простая, не отрицаемая нѣкоторыми криминалистами, близкими къ классицизму, какъ Сергѣевскій[49]), извѣстная въ сущности и дѣйствующимъ законодательствамъ, хотя и въ весьма слабой степени, получающая, однако, все бо̀льшее значеніе. Угол. Улож. 1903 г придаетъ привычкѣ къ преступленію и обращенію его въ промыселъ существенное вліяніе на наказаніе, еще дальше идетъ въ этомъ направленіи Норвежскій кодексъ. Иногда эту классификацію упрекаютъ въ нежизненности, схематизмѣ, называютъ ее схоластическимъ пріемомъ (неоклассикъ Роландъ[50]), создающимъ извѣстныя рубрики, безъ научнаго и практическаго смысла; иногда признаютъ ее нѣсколько устарѣлой, недостаточной, игнорирующей промежуточные типы преступности, не проводящею болѣе тонкихъ граней[51]), и въ литературѣ предлагаются и другія классификаціи, болѣе дробныя, стремящіяся устранить указываемый недостатокъ[52]).

Такъ Ферри[53]) различаетъ пять классовъ: 1) преступники помѣшанные, 2) прирожденные, 3) по пріобрѣтенной привычкѣ, 4) по случаю, 5) по страсти; Ашаффенбургъ[54])—семь классовъ: 1) по случаю; сюда относятся совершившіе неосторожное дѣяніе, 2) преступники аффекта,

---

48) Дѣленіе преступности на острую и хроническую подчеркнуто уже Вальбергомъ (см. выше, стр. 27). О классификац. см. еще Liszt. Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik (Aufsatze, II, 182 и слѣд., особ. 194, 212).

49) Сергѣевскій, 105.

50) Rohland Sociologisch. Strafrechtslehre, 79 (указываетъ на возможность одновременно дѣйствовать на преступника устрашеніемъ и исправленіемъ, но индивидуализація имѣетъ въ виду только преобладаніе одной изъ цѣлей; примѣненіе дорогого исправительнаго аппарата пенитенціарія къ эпизодическимъ преступникамъ неумѣстно). Противники классификаціи также Hoegel. Die Eintheilung der Verbrecher in Klassen. 1908. Birkmeyer, Studien, 50. Но признаваемыя имъ мѣры защиты предполагаютъ классификацію преступниковъ.

51) См., напр., Saleilles, 251 и слѣд.

52) Относительность всякой классификаціи признаютъ Фойницкій, l. c и Ferri Sociol. crim., 180 и слѣд.

53) Sociologie criminelle (1905 г.), стр. 150 и слѣд. Онъ приводитъ и другія сходныя классификаціи

54) Aschaffenburg, 167.

3) случайные (эпизодическіе), 4) преступники по предумышленью, 5) рецидивисты, 6) привычные, 7) профессіональные Тиренъ[55]) различаетъ преступность типическую (обыкновенную) и атипическую, а въ послѣдней слѣдующіе виды a) мотивъ не аморальный, b) явно выраженная острая преступность, c) явно выраженная хроническая преступность, d) дѣтская преступность, e) преступники ненормальные, f) алкоголики, g) преступность, основанная на лѣни Гриспиньи[56]) въ новѣйшихъ законодательныхъ проектахъ усматриваетъ слѣдующіе классы 1) преступники, не представляющіе дальнѣйшей опасности a) достовѣрно, b) предположительно, 2) преступники малолѣтніе a) заброшенные, b) психопатическіе, c) исправимые, 3) преступники—психопаты: a) помѣшанные, b) полу-помѣшанные, c) алкоголики: 4) привычные или профессіональные; 5) случайные, 6) неисправимые; 7) нормальные, т е. обыкновенные. a) первичные (новички), b) простые рецидивисты, c) несовершеннолѣтніе между 18 и 21 годами. Дробная классификація и у Максвелля[57]) I. преступники привычные: a) прирожденные, напр.. пираты, бродяги, безумные, b) съ пріобрѣтенной преступностью: 1) испорченные (les pervertis) воспитаніемъ и т. д. 2) слабовольные, 3) возбужденные (excités), т. е съ повышенной возбудимостью (напр., участники рабочаго движенія); II. преступники случайные подъ вліяніемъ: a) физіологическихъ причинъ, какъ голодъ, нищета (?), половое влеченіе, b) психологическихъ причинъ, какъ пьянство, любовь (напр., подпавшіе власти возлюбленной), жажда роскоши, обжорство и т. д, c) эмоціональныхъ причинъ гнѣва, мести, предразсудковъ; къ этой категоріи Maxwelle относитъ политическихъ преступниковъ.

Въ этихъ дробныхъ классификаціяхъ много искусственнаго и спорнаго. Особенно этимъ недостаткомъ страдаетъ классификація, предлагаемая Максвеллемъ Критеріемъ служитъ различіе отдѣльныхъ соціальныхъ и личныхъ факторовъ преступности, которое не опредѣляетъ ни степени вины, даже понимаемой, какъ испорченность, ни степени упорства преступной воли, ни размѣровъ представляемой преступникомъ опасности[58]) Такимъ образомъ, даже съ точки зрѣнія крайнихъ теченій въ уголовномъ правѣ, видящихъ въ наказаніи не болѣе, чѣмъ мѣру защиты, интенсивность которой зависитъ отъ опасности преступника, эта классификація безплодна, не можетъ дать основанія для рѣшенія вопроса о мѣрѣ наказанія. Не трудно замѣ-

---

55) Thyren Voraussichtliche Grundlinien im Vorentwurf zu einem neuen Schwedischen Strafgesetzbuch Mon. cr psych. 1911 г. (8 Jahrg., 7 и 8 Hefte), 378 и слѣд.

56) Grispigni. Il nuovo diritto criminale etc 1911, 103

57) Maxwelle Le crime et la société 1909. стр. 161 и слѣд.

58) Правильныя замѣчанія противъ классификацій подобнаго рода у Salleilles, 249, 251.

тить, что классификація Ашаффенбурга отчасти совпадаетъ съ вышеприведенной болѣе простой: 5, 6 и 7 классъ соотвѣтствуютъ 2 и 3 классу въ этой классификаціи, а 1-ый, 2, 3 первому классу ея, т. е. подраздѣленію на хроническую и острую; но Ашаффенбургъ выдѣляетъ еще преступниковъ по неосторожности и по предумышленью, между тѣмъ эти послѣдніе (4-й классъ) могутъ принадлежать и къ привычнымъ и къ случайнымъ, нуждаться въ исправленіи, или обезвреженьи, или только въ устрашеніи Вообще вліяніе предумышленья на тяжесть вины нынѣ отвергается (см. ниже), а на степень опасности предумышленіе также не даетъ указаній Въ классификаціи Ферри та особенность, что онъ признаетъ классъ прирожденныхъ преступниковъ,—положеніе спорное даже, если прирожденную преступность относить только къ нѣкоторымъ [59]), а не ко всѣмъ преступникамъ, какъ полагалъ Ломброзо Преступники помѣшанные подвергаются не наказанію [60]); принимаемыя противъ нихъ мѣры безопасности не связаны непремѣнно съ преступленіемъ, которымъ къ тому же ихъ дѣяніе представляется только съ внѣшней стороны: лишеніе жизни, совершенное сумасшедшимъ, не можетъ разсматриваться, какъ нарушеніе нормы, и оцѣниваться, какъ преступное дѣяніе Подраздѣленіе острой преступности на два класса—по случаю и по страсти—правильно подчеркиваетъ различіе между преступностью, имѣющей источникъ преимущественно въ неблагопріятномъ стеченіи обстоятельствъ, и преступностью, источникъ которой преимущественно въ личныхъ свойствахъ преступника. Но и это подраздѣленіе не исчерпываетъ вопроса· возможно, что въ отдѣльномъ случаѣ наростаніе желанія — страсть вызывается особыми внѣшними сильными возбудителями. По существу остается три основныхъ класса и у Тирена и Гриспиньи, но для спеціальной превенціи, для организаціи наиболѣе пригодныхъ способовъ воздѣйствія на личность преступника, *источникъ преступности и атипическія отклоненія отъ средней преступности имѣютъ важное значеніе.* Они обратили на себя серіозное вниманіе и въ проектахъ и нѣкоторыхъ новѣйшихъ законодательныхъ актахъ, касающихся преступниковъ-алкоголиковъ и такъ назыв. невполнѣ вмѣняемыхъ (см. ниже, главу VIII· лицъ съ тяжкой наслѣдственностью или впослѣдствіи потерявшихъ уравновѣшенность на почвѣ нервныхъ заболѣваній), далѣе — преступниковъ на почвѣ лѣни, тунеядства, слабоволія. Дѣтская преступность во всѣхъ культурныхъ законодательствахъ вызываетъ къ себѣ особое отношеніе (см. ниже) [61]). Отсутствіе аморальнаго мотива также должно играть роль при опредѣленіи наказанія. Custodia honesta, напр., по нашему

---

59) Joly, Crime, 68; они тогда идіоты, невмѣняемые, говоритъ онъ.

60) Фойницкій, 46; Prins, № 749; Joly, op. c., 65. О ненормальности среди хроническихъ преступниковъ, см. выше, прим. 43 и Thyren, Principien, 141.

61) Такъ даже Hoegel, op. c., Gretener, Die neuen Horizonte, 1909.

праву, крѣпость за нѣкоторыя преступленія, напр. дуэль, служитъ выраженіемъ этой мысли уже въ дѣйствующемъ правѣ [62]).

V. Тенденція современныхъ законодательствъ сдѣлать репрессію болѣе дѣйствительной, подсказанная самою жизнью мысль о необходимости классификаціи преступниковъ и индивидуализаціи наказанія, нашедшая себѣ яркое выраженіе въ новѣйшихъ проектахъ, ставятъ на очередь едва ли не самый жгучій вопросъ, *насколько преслѣдованіе цѣлей спеціальнаго предупрежденія согласуется съ цѣлью общаго предупрежденія и идеей возмездія?* Если принять тотъ масштабъ опредѣленія наказанія, который выводится обычно изъ этихъ послѣднихъ (см. выше), то во многихъ случаяхъ дѣйствительно получится противорѣчіе съ пріемами, вытекающими изъ послѣдовательнаго проведенія идеи спеціальнаго предупрежденія. Правда, привычный преступникъ, совершившій подлогъ, крупную кражу или болѣе тяжкое преступленіе, подлежитъ долгосрочному лишенію свободы и при традиціонномъ измѣреніи вины и важности дѣянія [63]), и нѣтъ основанія при отбываніи имъ срока, опредѣленнаго въ приговорѣ, не испробовать исправительныхъ мѣръ, которыми располагаетъ хорошо устроенная тюрьма, но рѣчь идетъ не о такомъ соединеніи различныхъ точекъ зрѣнія на наказаніе; такое соединеніе всюду принято уже давно и, какъ было упомянуто, поддерживается и классической школой. Трудность вопроса проявляется тогда, когда преступленіе по общепринятой оцѣнкѣ нетяжкое, можетъ быть даже незначительное, а преступникъ принадлежитъ къ привычнымъ или даже неисправимымъ, или же наоборотъ· преступленіе тяжкое, напр., убійство или во всякомъ случаѣ серіозное— крупная растрата, а преступникъ относится къ классу эпизодическихъ. Можно ли закоренѣлаго карманнаго вора подвергнуть элиминаціи, напр. пожизненному заключенію въ тюрьмѣ или, по крайней мѣрѣ, десятилѣтнему, а въ отно-

---

62) См. Чубинскій. Мотивъ преступной дѣятельности. 1900. Liszt Aufsätze, II, 174, van-Calker въ V. D. III, 173 („Die Bestimmung der Strafart nach der Gesinnung“); Rigaud. De l'influence du motif en matière criminelle. 1898.

63) Ср. Kohler. Vergeltungsgedanke (1909), 175.

шеніи матери, убившей внѣбрачнаго ребенка. кассира, проигравшаго десятки тысячъ, ограничиться краткосрочной тюрьмой или условнымъ осужденіемъ? Изъ цѣли спеціальной превенціи вытекаютъ эти выводы, даже больше наказаніе эпизодическихъ преступниковъ часто совсѣмъ не можетъ быть оправдано, когда ни въ исправленіи, ни въ элиминаціи нѣтъ надобности, и само „memento“ на будущее (устрашеніе) представляется излишнимъ, въ виду вѣроятности, близкой къ достовѣрности, что обвиняемый не совершитъ новаго преступленія, что данное дѣяніе вызвано такими обстоятельствами, повторенія которыхъ нельзя ожидать Одинъ изъ новѣйшихъ проектовъ (германскій) въ такихъ случаяхъ, правда, при незначительности причиненнаго вреда и злой воли, слѣдовательно въ болѣе легкихъ, даетъ суду право освобождать отъ наказанія. Но эти выводы находятся въ противорѣчіи съ цѣлью общаго предупрежденія и съ справедливымъ возмездіемъ, согласно господствующему взгляду, и даже соціологи принуждены обосновывать наказаніе эпизодическихъ преступниковъ возмездіемъ или необходимостью общаго предупрежденія[64]), которое было бы поколеблено безнаказанностью этихъ преступниковъ[65]). Съ другой стороны, и неоклассики должны сдѣлать уступку жизненнымъ требованіямъ, но уже въ отношеніи репрессіи хронической преступности и допустить усиленіе этой ре-

---

64) См. выше, прим. 47, 47a.

65) Въ этомъ видятъ непослѣдовательность неоклассики, напр. Rohland (Sociolog. Strafrechtslehre, 89), Birkmeyer (Studien, 33). Къ выводу о ненаказуемости такихъ преступниковъ приходилъ уже Romagnosi въ концѣ XVIII в; то же вытекаетъ изъ положеній, предлагаемыхъ С. В. Познышевымъ, Осн. нач., 79, 115, чему противорѣчитъ, впрочемъ, наказуемость проступковъ, т. е у назван. автора легчайшихъ деликтовъ, имъ однако признаваемая (§ 275). „Мнимыми преступниками“ называетъ такихъ преступниковъ Saleilles, указывающій впрочемъ на невозможность съ достовѣрностью опредѣлить отсутствіе склонности къ повторенію, (109, 114 и слѣд), что уже при первомъ дѣяніи можетъ быть зародышъ привычки, признаетъ Joly, Crime, глава IV, особ. стр 84. Ненаказуемость (гражданск вознагражденіе) только при легкихъ проступкахъ рекомендуетъ Ferri (619) для преступниковъ по страсти, и то не для всѣхъ. Сходно по поводу преступниковъ, не угрожающихъ повтореніемъ, Garofalo (262 и слѣд).

прессіи, выходя за тѣ рамки, которыя диктуются защищаемымъ ими масштабомъ, но эти криминалисты, въ заботѣ о сохраненіи во всей чистотѣ классическихъ завѣтовъ уголовнаго права, хватаются за якорь спасенія, который имъ услужливо и, sit venia verbo, довольно лицемѣрно предлагается представителями новыхъ теченій за отграниченіе отъ наказанія мѣръ соціальной защиты [66]),—къ послѣднимъ относятъ тогда весь тотъ придатокъ репрессіи, который не вкладывается въ традиціонныя рамки, и сами эти мѣры иногда разсматриваютъ, какъ профилактику, входящую въ область административнаго права [67]). Но и мѣры защиты, считать ли ихъ особымъ институтомъ, или, что болѣе правильно, наказаніемъ, стоятъ въ извѣстной зависимости и отъ преступнаго дѣянія и его объективнаго значенія [68]). Такимъ образомъ, въ большей или меньшей степени нынѣ и соціологами и классиками *въ сущности* принимается соединеніе различныхъ цѣлей наказанія, тотъ компромиссъ [69]), который открыто признаютъ представители третьей школы, какъ наиболѣе пригодное для практическихъ задачъ уголовнаго права рѣшеніе вопроса.

Эта точка зрѣнія дѣйствительно отвѣчаетъ практической политикѣ законодателей: большинство новыхъ институтовъ проникали въ дѣйствующее право, благодаря засвидѣтельствованной опытомъ ихъ полезности, благодаря полученнымъ благопріятнымъ результатамъ ихъ примѣненія [70]);

---

66) См. мою статью Ж. М. Ю. 1916. февр. Liszt и Лилленталь признаютъ сами, что дѣло не въ названіи

67) См. Birkmeyer, Studien, 183 и Strafe etc., 3; Beling, Vergelt., 144, 145; R. Schmidt, Strafrechtsreform, 65; Binding, Grundriss, 226 и 207, Kohler, Gedanken, Oetker ук. ст. въ GS., Nagler, op. c.

68) См выше, стр. 118.

69) хотя рѣзкимъ противникомъ этого выступаютъ на словахъ Birkmeyer, Studien, 156, а также Gretener. Zurechnungsfahigkeit im Vorentwurfe. 1910, 12 и слѣд. Больше уступокъ дѣлаютъ Beling, Vergeltung особ 47, Meyer-Allfeld, § 3—IV (въ концѣ), Kohler, назван. работа, глава IV

70) Справедливо указываетъ Holtzendorff въ Handb. d. Gefangniss wesens, I, кн. 3, §§ 1 и 2, что ни одна цѣль наказанія сама по себѣ не можетъ быть проведена послѣдовательно при исполненіи его на практикѣ, а нужно найти мѣру въ зависимости отъ группъ преступле-

таковы: классификація преступниковъ, появляющаяся уже въ эпоху Австралійской ссылки, а позже испробованная въ тюрьмахъ, конечно, еще въ невполнѣ совершенныхъ формахъ, далѣе—условное досрочное освобожденіе, условное осужденіе, воспитательно-исправительная система въ отношеніи юныхъ преступниковъ и т. д Много пользы при этомъ принесла дѣятельность англо-американскихъ юристовъ: тюрьмовѣдовъ и судей, которые шли впереди законодательства и создавали новые институты, основанные на идеѣ спеціальнаго предупрежденія, меньше всего безпокоясь о соотвѣтствіи или несоотвѣтствіи ихъ съ принципами возмездія и общаго предупрежденія, извѣстными однако и англо-американскому праву, также карающему и эпизодическихъ преступниковъ.

Эта практическая точка зрѣнія представляетъ только ту опасность, что, при извѣстномъ преувеличеніи цѣлей спеціальнаго предупрежденія, наказаніе можетъ утратить элементъ правового неодобренія, порвать связь съ виною и выродиться въ мѣру защиты не по имени только, а по существу, какъ у крайняго крыла соціологовъ, антропологовъ и психіаторовъ. На наклонной плоскости компромисса именно идея возмездія, въ смыслѣ справедливой оцѣнки, и цѣль общаго предупрежденія могутъ дать надежную точку опоры. Поэтому не только болѣе правильно, болѣе научно, но и практически менѣе опасно видѣть основную цѣль наказанія въ защитѣ правовыхъ нормъ и правовыхъ благъ посредствомъ справедливаго воздаянія, но такимъ воздаяніемъ признавать лишь то, при которомъ отрицательная оцѣнка (неодобреніе) относится не только къ преступному дѣянію, но и, главнымъ образомъ, къ личности преступника. При такомъ углубленіи масштаба оцѣнки, наказаніе, сохраняя свою специфическую особенность: соотношеніе съ виною, можетъ въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ до сихъ поръ, осуществлять задачи и спеціальнаго предупрежденія. Вмѣстѣ съ тѣмъ и понятіе вины должно получить нѣсколько

ній и преступниковъ и стремиться примирить принципъ равенства (справедливости) съ принципомъ индивидуализаціи, путемъ опыта, а не спекулятивнымъ.

отличное отъ общепринятаго содержаніе. Объ этомъ соотношеніи наказанія и вины и объемѣ спеціальной превенціи въ связи съ этимъ см. ниже, при изложеніи сущности вины.

VI. Достижимы ли указанныя цѣли наказанія?

Наблюдаемый всюду ростъ преступности и въ особенности рецидива свидѣтельствуетъ какъ-бы о противоположномъ и внушаетъ извѣстный скептицизмъ. Мнѣніе о развращающемъ вліяніи тюрьмы, которая, въ различныхъ видахъ и варіантахъ, занимаетъ наиболѣе видное мѣсто въ современной карательной системѣ, а также о фатальномъ тяготѣніи обратно въ тюрьму выпущенныхъ изъ нея преступниковъ, распространено съ давнихъ поръ и опирается на серіозныя основанія. Но отсюда нельзя заключать о безполезности наказанія: ростъ преступности отчасти объясняется несовершенствомъ тюремной организаціи и оставленіемъ отбывшихъ наказаніе безъ попеченія, недостаточнымъ развитіемъ патроната, отчасти соціальными условіями: увеличеніемъ оборота, углубленіемъ пропасти, отдѣляющей богатство отъ бѣдности, развитіемъ городской жизни съ ея экономическими контрастами, соблазнами, нездоровой атмосферой нравственной и физической, и рядомъ другихъ условій среды. Культурные успѣхи человѣчества, съ одной стороны, дѣлаютъ болѣе совершенными карательные пріемы, съ другой стороны, сами служатъ причиной новыхъ преступленій только иного типа. Всякій прогрессъ вызываетъ и ростъ преступности, говоритъ Биндингъ, самъ признающій это мнѣніе нѣсколько парадоксальнымъ, но не столь уже далекимъ отъ истины[71]). Но если бы исправленіе преступниковъ никогда не достигалось, чему противорѣчатъ статистическія данныя, устанавливающія не мало такихъ примѣровъ, то и тогда нельзя было бы отвергать цѣлесообразность института наказанія: одно не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что на время отбытія наказанія преступникъ не угрожаетъ обществу продолженіемъ преступной дѣятельности, что цѣль обезвреженья во вся-

---

71) Binding, Grundriss. Vorwort. VIII „увеличеніе преступленій есть симптомъ повышенія культуры". Jellinek. Soc. Bedeut., 83.

комъ случаѣ достижима. Но не менѣе достовѣрно и огромное значеніе общей превенціи въ современномъ ея пониманіи. Скептицизмъ въ этомъ отношеніи, высказываемый иногда въ наукѣ (Піонтковскій, Ферри[72]), основанъ отчасти на данныхъ, относящихся къ упорнымъ рецидивистамъ, которыхъ не останавливаетъ страхъ наказанія, для которыхъ тюрьма служитъ чѣмъ-то въ родѣ отеля для туристовъ, отчасти на преувеличеніи вліянія соціальныхъ условій, которыя все-равно толкаютъ на преступленіе съ роковой неизбѣжностью Извѣстно изреченіе Кеттле, что ни одна подать не платится такъ исправно, какъ платимая тюрьмѣ и эшафоту. Ферри, въ свою очередь, пытается установить законъ преступнаго насыщенія· „Какъ въ данномъ объемѣ воды, при данной температурѣ, говоритъ онъ, растворяется опредѣленное количество химическаго вещества, ни атомомъ больше, ни атомомъ меньше, такъ и въ данной соціальной средѣ, при данныхъ индивидуальныхъ и физическихъ условіяхъ, совершается опредѣленное число преступленій, ни однимъ преступленіемъ больше или меньше“. Но независимо отъ того, что приводимымъ Ферри примѣрамъ недѣйствительности наказанія для уменьшенія числа преступленій можно противопоставить противоположные (такъ Тардъ[73]), не слѣдуетъ забывать, что въ сумму соціальныхъ условій входитъ и наказаніе, что одинъ фактъ существованія послѣдняго долженъ также оказывать вліяніе на процессъ образованія рѣшенія въ отдѣльномъ случаѣ, играть роль въ выработкѣ опредѣленныхъ взглядовъ на поведеніе, согласное или несогласное съ правомъ, въ усвоеніи привычекъ и склонностей[74]). Уже увеличеніе риска преступнаго предпріятія, а затѣмъ необходимость искать тайны затрудняютъ развитіе дѣятельности, съ которой законодатель связываетъ наказаніе; нерѣдко также со времени криминализаціи дѣяній извѣстнаго типа, къ нимъ измѣняется и отношеніе общества, прежде проявлявшаго равнодушіе. „Достаточно, го-

---

72) Піонтковскій, 22, Ferri, 230.

73) Tarde. La philosophie pénale (1891), 477 и слѣд.

74) См. выше, стр. 108; далѣе Aschaffenburg. Verbrech., 208; Мокринскій, I, 75—95

воритъ Гарро, поставить вопросъ, не увеличитъ ли числа преступленій отмѣна наказанія, какъ онъ оказывается рѣшеннымъ“ [75]) Если бы нужны были еще эмпирическимъ путемъ добытыя доказательства невозможности общежитія при бездѣйствіи наказанія, то и въ нихъ, къ сожалѣнію, нѣтъ недостатка: вспомнимъ моменты случайнаго ослабленія репрессіи или даже сведенія ея на нѣтъ, вслѣдствіе временнаго безсилія власти во время тяжкихъ внутреннихъ потрясеній (въ эпоху французской революціи) или ея полнаго отсутствія во время войны въ мѣстностяхъ, оставляемыхъ администраціей и войсками, въ виду наступленія непріятеля! За короткій промежутокъ времени увѣренность въ безнаказанности приводитъ къ массѣ тяжкихъ преступленій.

Конечно, не одно наказаніе имѣется въ распоряженіи государства въ борьбѣ за право, но, въ рядѣ случаевъ другихъ мѣръ нѣтъ, единственный способъ реагировать на противоправное дѣяніе—подвергнуть нарушителя карѣ, напр.: при убійствѣ, изнасилованіи, измѣнѣ и т. д.; въ рядѣ другихъ случаевъ болѣе слабыя мѣры принужденія недостаточны, напр.: при поддѣлкѣ монеты, банкротствѣ, растратѣ. Правда, можетъ быть на этотъ разъ монету не успѣли выпустить въ обращеніе, растраченное пополнено, банкротъ поквитался съ кредиторами, но въ другой разъ это не удастся, необходимо усилить защиту правовыхъ нормъ, охраняющихъ такіе интересы, и единственнымъ средствомъ для этого представляется наказаніе.

Но, если эта защита дѣйствительно усиливается наказаніемъ, что не нуждается въ дальнѣйшихъ доказательствахъ, то этимъ дается наказанію достаточное обоснованіе [76]); нѣтъ поводовъ искать его оправданія внѣ этой цѣлесообразности и необходимости, и всѣ подобныя попытки излишни [77]).

---

75) Garraud. Traité, I, 63, пр. 2. См. также Merkel-Liepmann, 198; Manzini, III, 1, 2 Contra Bar, Handb. I, 256, пр. 163. Онъ видитъ въ этомъ обоснованіи почему-то petitio principii.

76) Такъ H. Meyer-Allfeld, 17. „Правильной цѣлью наказанія дается и истинное правовое основаніе его“.

77) H. Meyer-Allfeld, l. c. Liszt въ прежнихъ изданіяхъ учебника

Поэтому *вопросъ о такъ называемомъ jus puniendi*, о правѣ государства примѣнять наказаніе, занимавшій, а отчасти и нынѣ занимающій почетное мѣсто въ литературѣ уголовнаго права, *поскольку онъ* выходитъ за предѣлы изложеннаго и *заключается въ установленіи правомочій государства, принадлежитъ къ области ученія о послѣднемъ*, а не къ наукѣ уголовнаго права [78]). Право наказанія въ смыслѣ субъективнаго права государства примѣнять наказаніе къ преступнику покоится на нормахъ объективнаго права, на уголовномъ законѣ, предписывающемъ наказаніе за опредѣленное дѣяніе. Насколько государство въ правѣ издавать такіе законы, вопросъ, мыслимый только на почвѣ естественно-правовой доктрины [79]); при иномъ взглядѣ, государство само опредѣляетъ сферу своихъ правомочій издаваемыми нор-

---

напр. 8-мъ, стр. 74, пр. 5; въ новомъ изданіи онъ совсѣмъ не останавливается на уголовно-правов. теоріяхъ; Hippel въ Z. 30, стр. 877.

78) Такъ R. Schmidt Aufgaben. 13, 42. Kohlrausch. „Sollen und Können als Grundlagen der Strafrechtszurechnung“ въ Festgabe fur Gutterbock. 1910. Сергѣевскій (изд. 6), стр. 71 внизу.

79) Правильно Познышевъ, § 18 и Основн. вопросы учен. о наказаніи, 340 и слѣд., особ. 343 О jus puniendi въ строгомъ смыслѣ *права*, принадлежащаго государству примѣнять наказаніе,—метафизическія теоріи, выводящія это право изъ возмездія, французскія теоріи справедливости (см. выше, стр. 131), сходно естественно-правовое направленіе Гуго Гроція—Лейбница (ср. R Schmidt. Strafrechtsreform. 10), дедуцирующее это право изъ природы преступленія (crimen grave non potest non esse punibile. De jure bel. ac pacis. Lib. II, cap. 20, § 2 № 3), и напоминающія это воззрѣніе правовыя теоріи (см. выше, стр. 131); далѣе теоріи, видящія въ наказаніи право обороны (выше, ibid) и наконецъ теоріи договорнаго происхожденія государства (Θ. Гоббсъ, Пуффендорфъ, Беккарія, Руссо, Фихте), устанавливавшія jus puniendi, какъ слѣдствіе нарушенія общественнаго договора или его измѣненія новымъ договоромъ (такъ, у Фихте фикція соглашенія преступника съ обществомъ —Abbussungsvertrag, благодаря чему вмѣсто изверженія изъ обществ. союза примѣняется наказаніе Всѣ эти теоріи предполагаютъ право, существующее до государства и независимо отъ него,—точка зрѣнія, нынѣ почти не имѣющая сторонниковъ. См. Еллинекъ. Право современнаго государства. 1908. стр. 266 и слѣд. Измѣненіемъ взгляда на происхожденіе государства (появленіемъ органической теоріи) объясняетъ паденіе теорій о правѣ наказанія и R Schmidt въ Aufgaben, 35—42. Ср однако ниже, прим. 83.

мами, связано только ими и не подчинено какому бы то ни было высшему правопорядку [80]).

Если же это вопросъ другой, только по традиціи носящій прежнее имя,—объ основаніи, въ силу котораго государство пользуется институтомъ наказанія [81]), то этотъ вопросъ разрѣшенъ выше.

За эти предѣлы выходитъ также вопросъ о необходимости самого государства и права; только для тѣхъ, кто ее отрицаетъ, можетъ имѣть смыслъ сомнѣніе, нужно ли наказаніе [82]), если даже оно служитъ защитѣ права и государства [83]). Но нельзя себѣ представить какую бы то ни было

---

80) Право наказанія тогда означаетъ не болѣе, какъ то, что государство въ правѣ наказывать не иначе, какъ по закону, которымъ оно связало и себя. См. Еллинекъ—ор. с. 269 и Liszt, I, пр. 1 (это „ограниченная правомъ карательная власть государства"). Ср. Познышевъ. Основ. вопр., 146, (онъ отрицаетъ субъективныя права государства и признаетъ ихъ за его органами).

81) Въ сущности въ этомъ заключается центръ тяжести вопроса и для теоріи, указанныхъ въ предыдущемъ примѣч. Такъ и сторонникъ правовой теоріи Сергѣевскій, 61, 66, пр 1, и въ сущности и Н. С. Таганцевъ, II, № 202, приводящій доказательства полезнаго дѣйствія наказанія для правопорядка, но вмѣстѣ съ тѣмъ употребляющій понятіе „право наказанія", то въ смыслѣ права, вытекающаго изъ права объективнаго (873), то въ смыслѣ права, обосновывающаго послѣднее („составляетъ ли карательная дѣятельность одно изъ правъ принадлежащихъ государству", стр. 875). См. по этому поводу Познышевъ l. c. Въ современной литературѣ тѣ, кто не удовлетворяется необходимостью наказанія для государства, какъ основой перваго, говорятъ о нравственномъ оправданіи, нравственномъ основаніи наказанія. Такъ Познышевъ—ор. с. 350 и R. Schmidt въ „Strafrechtsreform", стр 10, 36 и слѣд.

82) На этомъ основаніи отвергаютъ наказаніе Левъ Толстой, Робертъ Оуэнъ. См. Таганцевъ, II, 859; Познышевъ. Основ. вопр. наказ. глава V, гдѣ указаны и нѣкоторые другіе противники наказанія Штирнеръ, Прудонъ, Жирарденъ. См, по поводу этихъ теорій, обоснованіе государства у Еллинека—ор с. 160 и слѣд.

83) Напротивъ, проф. Познышевъ и Рих. Шмидтъ считаютъ нужнымъ дать нравственное обоснованіе наказанію, но у перваго оно сводится къ доказательству нравственной необходимости государства и права, обезпечивающихъ наибольшее возможное счастье, т. е, по справедливому замѣчанію Сергѣевскаго (71), принадлежитъ къ ученію о государствѣ, наказаніе же въ итогѣ объясняется все-таки его необходимостью и недостаточностью другихъ мѣръ принужденія См. Основ.

форму общежитія[84]) безъ извѣстной суммы правилъ поведенія, безъ возможности ихъ нарушеній и безъ необходимости бороться съ послѣдними, примѣнять ли термины „государство, право, деликтъ, наказаніе“ или иные, а внѣ общественнаго союза, какъ указалъ еще Аристотель, человѣкъ немыслимъ Только утопія, игнорирующая естественныя различія между людьми, по ихъ способностямъ, силамъ, страстямъ[85]), можетъ мечтать о свободномъ, диктуе-

---

начала, § 37 и особ. § 38 Рих. Шмидтъ, хотя и считаетъ вопросъ государственно-правовымъ, но, въ отличіе отъ прежней точки зрѣнія въ „Aufgaben“ (см. выше, пр. 78, 79) и подъ вліяніемъ, какъ онъ говоритъ, упрека Биндинга, полагаетъ, что важно обратить вниманіе на нравственную природу государства (Strafrechtsreform, 37 и стѣд.), притомъ не только для удовлетворенія теоретическаго и правно-философскаго интереса, но и для практической цѣли опредѣленія взгляда законодательной политики на наказаніе. Онъ старается доказать, что дѣйствіе возмездія на общество, значеніе котораго такъ велико (см. выше, стр. 109), различно, въ зависимости отъ того хода мышленья или процесса чувства, которымъ данное лицо оправдываетъ возмездіе. Проанализировавъ различные виды переживаній, R. Schmidt признаетъ потребность возмездія эмпирически доказаннымъ психическимъ фактомъ, существующимъ еще до того, какъ государство примѣняетъ наказаніе къ преступленію. Потребность возмездія въ общественномъ мнѣніи и есть для государства управомочивающій принципъ (63 стр.) Отсюда вытекаетъ и соблюденіе возмездія при выборѣ мѣры наказанія. Принципъ цѣли—именно цѣли обезпеченія общества – можетъ привести къ самымъ крайнимъ мѣрамъ въ отношеніи индивида, но государство имѣетъ на нихъ право не болѣе, чѣмъ это дается возмездіемъ. Идея справедливости руководитъ государствомъ въ различныхъ отрасляхъ его дѣятельности, напр., финансовой, при установленіи налоговъ, она же должна опредѣлять и карательную функцію. Выводы Р. Шмидта имѣютъ цѣнность не столько для обоснованія института наказанія, сколько для установленія необходимости для государства при пользованіи этимъ институтомъ считаться съ правовоззрѣніями народа о заслуженности данной мѣры, принимаемой противъ преступника. Это скорѣе обоснованіе той изъ промежуточныхъ цѣлей наказанія, которая состоитъ въ справедливой отрицательной оцѣнкѣ и служитъ однимъ изъ средствъ для достиженія основной цѣли.

84) См. Еллинекъ—ор. с. 163, 164.

85) „Никакая сила въ мірѣ, говоритъ Еллинекъ (164), не можетъ уничтожить различія между сильнымъ и слабымъ, эгоистомъ и альтруистомъ, благожелательнымъ и порочнымъ, и не можетъ поэтому подлежать сомнѣнію, за какимъ изъ этихъ типовъ будетъ оставаться побѣда

момъ только голосомъ совѣсти выполненіи личностью обязанностей, возникающихъ изъ жизни въ обществѣ [86]).

въ обществѣ, не признающемъ права и безправномъ". См. также извѣстную фразу Биндинга о непобѣдимости человѣческихъ страстей (Problem der Strafe въ Grunhuts Zeitschr. IV, 417).

86) См. Prins, № 640 и préface XLIV „Какого бы мнѣнія ни былъ о томъ Бебель, никогда не создадутъ новаго общества, въ которомъ не было бы болѣе преступниковъ". Merkel. Ges. Abh. II, 700 „Государственное возмездіе будетъ существовать, доколѣ будетъ существовать право".

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Ученіе о преступленіи.

А. Понятіе преступленія.

ГЛАВА VI.

Преступленіе, составъ его. Классификація преступленій.

I. Преступленіе, какъ одинъ изъ видовъ правонарушенія. II. Формальный признакъ отличія. III. Измѣняемость преступленія по содержанію во времени и пространствѣ и основанія криминализаціи. IV. Попытки найти матеріальный признакъ преступнаго правонарушенія. 1 ученіе о естественномъ преступленіи; 2. субъективныя теоріи разграниченія преступленія и гражданской неправды; 3. объективныя теоріи. V. Соціологическое опредѣленіе преступленія. VI Составъ преступленія. VII. Классификація преступленій; вопросъ о такъ назыв. полицейской неправдѣ

Литература: *Merkel* Kriminalistische Abhandlungen. 1867. I, у него указан. прежн. литерат. *Hälschner* Die Lehre vom Unrecht. 1869. *Binding.* Normen, I (1890; изд. 2). *Hertz.* Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. I 1880. *Liszt.* Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. 1889. *Liepmann.* Einleitung. *Bar.* Handbuch, I. *Garofalo.* Criminologie. *Iellinek.* Socialethische Bedeut. von Recht, Unrecht und Strafe. *Bierling* Juristische Prinzipienlehre. 1905. III. *Hold* von *Ferneck.* Die Rechtswidrigkeit, 1903—1905. Къ ц. III. *Merkel.* Ueber Accreszenz und Decreszenz des Strafrechts und deren Bedingungen. 1873 (Ges. Abh. II, 269). *H. Meyer.* Die Gerechtigkeit im Strafrecht. GS. 33. *Maxwell.* Le concept social du crime, son évolution 1914. *Tarde.* La philosophie pénale. *Чубинскій.* Курсъ уголовной политики. *Thyren.* Principien einer Strafgesetzreform. *Makarewicz.* Einfuhrung in die Philosophie des Strafrechts. Къ ц. VI. *Beling.* Die Lehre vom Verbrechen. Къ ц. VII. *Мокринскій.* Наказаніе. III, 370—396. *Merkel.* Abh. I. *Binding.* Norm. I. *Frank.* Studien zum Polizeistrafrecht. 1897, его же комментарій къ герм. улож.

. *Goldschmidt.* Das Verwaltungsstrafrecht. 1902, его же Begriff und Aufgaben eines Verwaltungstrafrechtes въ G. Arch, 1903, 71. Доклады *Франка, Розенфельда* и *Гольдшмидта* съѣзду германск. группы М. С. въ Мюнхенѣ и въ Штуттгартѣ (Mittheilungen J. K. V. VII, 1898 г. и XII, 1905 г, стр. 189 и слѣд.) и пренія (ibid.), доклады *Кана, Файера, Пусторослева, Рейхарда, Дорадо* VIII-му конгрессу М. С. въ Будапештѣ (Mittheil. J K V. VIII т 1899 г., 55, 77, 92) и доклады *Дорадо* и *Cuche* Лиссабонск. конгр. 1897 (M. VI). Статьи *Розенберга* въ Z. XXIV, 1, и XXII, 31. *Гудеріана*—Z, XXI, 828, *Трегера* въ GS. LXXVII, 81. *Hatscheck* въ G. Arch, LVII, 1.

I Преступленіе есть одинъ изъ видовъ правонарушенія. Этимъ преступленіе отличается отъ объективнаго неправомѣрнаго состоянія, которое можетъ быть вызвано стихійными силами или же вообще фактами, находящимися внѣ зависимости отъ сознательной воли человѣка, напр., дѣйствіемъ сумасшедшаго. Правонарушеніе, или деликтъ, предполагаетъ поведеніе, противорѣчащее велѣніямъ или запретамъ правовыхъ нормъ, а послѣднія могутъ адресоваться только къ людямъ и при томъ такимъ, которые способны вообще и въ данномъ случаѣ эти нормы принимать въ руководство своей дѣятельности. Всякое правонарушеніе имѣетъ эти черты, содержитъ элементъ вины, т. е. можетъ вызывать упрекъ въ нарушеніи правовой обязанности, въ несоотвѣтствіи поведенія нормѣ [1]) Въ этомъ отношеніи между преступленіемъ и другими правонарушеніями нѣтъ разницы: типическія формы вины: умыселъ (dolus) и неосторожность (culpa) проявляются и въ гражданскомъ правонарушеніи, какъ сознательное нарушеніе чужого владѣнія, или небреж-

---

1) Въ виду возможности гражданской отвѣтственности или, точнѣе, гражданскихъ послѣдствій и при отсутствіи вины (ср. выше, стр. 123), нѣкоторые, особенно цивилисты, признаютъ существованіе объективной неправды (Unrecht) или невиновнаго правонарушенія (такъ Thon, Rechtsnorm und Subjektives Recht—„невиновное нарушеніе нормы"). Противъ этого Merkel, op. cit 42, Binding, Norm. I, § 38, Hertz, op. cit., § 1. H. v. Ferneck, I, § 16, § 29. За отнесеніе къ правонарушенію дѣйствій невмѣняемыхъ, вообще проявленій человѣческой воли, хотя бы невиновной, Bierling, III, 6 и 172, слѣд. См. впрочемъ § 40.

ное обращеніе съ чужой вещью, вызвавшее ея поврежденіе [2]), и въ дисциплинарномъ, какъ небрежность въ исполненіи чиновникомъ обязанностей, или сознательное несоблюденіе опредѣленнаго порядка службы. Далѣе преступленіе, какъ и всякое другое правонарушеніе, выражается въ извѣстномъ противорѣчащемъ праву поведеніи, т. е. въ положительномъ дѣйствіи—дѣяніи (содѣяніи) или упущеніи (бездѣйствіи), и направляется на охраняемый правомъ интересъ или правовое благо. Этотъ интересъ (благо) и служитъ объектомъ нарушенія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и правовая норма, его защищающая, или, по выраженію Н. С. Таганцева [4]), „норма въ ея реальномъ бытіи“

Споръ по вопросу, что составляетъ объектъ преступленія—благо или интересъ, нынѣ справедливо признается безплоднымъ многими авторитетными учеными, напр. Таганцевымъ, Листомъ, Гуго Мейеромъ, Меркелемъ [5]), и оба термина: правовое благо, правоохраненный интересъ—употребляются синонимически, и, дѣйствительно, оба одинаково полно обрисовываютъ объектъ правовой охраны. Конечно, благо можетъ быть и нематеріальное, напр. честь, твердость гражданскаго оборота, какое-либо субъективное право [6]). Что

---

2) Binding (I, 309), ограничивая понятіе деликта лишь нарушеніями принадлежащаго государству права на повиновеніе (см. ниже), относитъ понятія „умыселъ“ и „неосторожность“ только къ правонарушенію въ этомъ смыслѣ, но не къ гражданскому правонарушенію, которое однако и, по Биндингу, можетъ быть намѣреннымъ и ненамѣреннымъ.

3) Рѣчь идетъ о томъ видѣ дисциплинарныхъ проступковъ, которые противорѣчатъ *правовымъ* нормамъ (см. выше, стр. 120).

4) I, 42—47.

5) Таганцевъ, I, 47; Liszt, § 13 и примѣч. на 69 стр., Merkel-Liepmann, 16. H. Meyer-Allfeld, 19 (тамъ же указ. литерат., относящ. къ этому спору). Противоположнаго мнѣнія Познышевъ, 133 (объектъ—благо, но не интересъ). См. также Binding, Normen, I, §§ 50—51, и по поводу его взгляда Liszt, Aufsätze, I, 212, слѣд.

6) См. Bar, I, 22, ср. Kohler, Studien, I, 160 и слѣд., различаетъ преступныя дѣянія противъ культурныхъ общихъ благъ и интересовъ, напр., религіозной жизни, общественнаго мира, противъ субъективныхъ правъ, противъ учрежденій и институтовъ, помогающихъ росту культурныхъ благъ, напр.: денегъ, документовъ; противъ мѣръ, служащихъ

касается нормъ, которыя въ первую очередь, уже своимъ запретомъ или повелѣніемъ, охраняютъ благо, то онѣ часто содержатся въ постановленіяхъ гражданскаго, каноническаго и друг. областей права, напр., положенія о неприкосновенности чужого имущества, о единобрачіи и т. п.; уголовный законъ присоединяетъ къ этимъ нормамъ карательную санкцію, на случай ихъ нарушенія. Иногда же тѣ или другіе императивы нигдѣ не высказаны кромѣ диспозиціи уголовнаго закона, напр, положеніе о половой неприкосновенности женщины. Эти нормы Биндингъ относитъ къ праву неписанному (ungesetztes Recht), существующему и до появленія уголовнаго закона [7])

Недавно противникомъ взгляда, что объектомъ преступленія служатъ правоохраненные интересы, выступилъ Франкъ, полагающій, что здѣсь сказалась старая точка зрѣнія Канта, ограничивающая задачи государства охраной права. „On fait du Kant, sans le savoir", говоритъ Франкъ; въ дѣйствительности же, объектъ преступленія государственный интересъ въ томъ, чтобы извѣстныя дѣянія не совершались; въ

обезпеченію права и культурныхъ интересовъ (полицейскіе деликты). Ср. Bierling, III, 184, слѣд.

7) Практическое отличіе точки зрѣнія Биндинга—о самостоятельности нормы особенно сказывается въ вопросѣ объ обстоятельствахъ, исключающихъ противоправность и вмѣстѣ преступность дѣянія, а также въ вопросѣ объ ошибкѣ въ правѣ (см. ниже). Признаніе нормъ, не высказанныхъ гдѣ-либо въ положительномъ правѣ, заводитъ слишкомъ далеко графа Дона (Die Rechtswidrigkeit, 1905) при рѣшеніи перваго вопроса, гдѣ авторъ примыкаетъ къ ученію Штаммлера о „правильномъ правѣ" и, если дѣяніе представляется надлежащимъ средствомъ къ надлежащей, правильной цѣли, отвергаетъ его противоправность и наказуемость; таковы, напр, дѣйствія хирурга (см. ниже). Contra даже послѣдователь теоріи Биндинга Белингъ (Die Lehre v. Verbr., 138, 163, пр 1-е), который придаетъ нормамъ значеніе скорѣе для истолкованія формулъ, составовъ дѣяній, описанныхъ въ диспозитивной части уголовнаго закона (§ 15) Рѣшительно въ этомъ смыслѣ Bar, I, 27 („вспомогательное средство интепретаціи"), III, 5, прим. 1^b, и стр. 7 о „вторичной", т е. дополнительной къ другимъ нормамъ, природѣ уголовнаго права См. еще Hold v. Ferneck, I, § 26, II, 52; Meyer-Allfeld, 83, Frank, 12, Merkel, GS. Abh II, 527, Liszt, Aufsatze, I, 212 и слѣд. Kohlrausch, Irrthum und Schuldbegriff im Strafrecht (1903), § 7, особ стр. 46, 47 Ученіе объ „ungesetztes Recht" отражается и на друг. выводахъ Биндинга, объ аналогіи, о дѣйствіи закона во времени (см. выше, стр. 52, 63)

другомъ мѣстѣ этотъ объектъ опредѣляется, какъ правовой миръ (Rechtsfrieden)[8]. Но не означаетъ ли это неопредѣленное выраженіе то же самое, не есть ли „правовой миръ" тотъ же правопорядокъ, находящій свое воплощеніе въ признаваемыхъ и защищаемыхъ правомъ благахъ (интересахъ) индивида и общества или государства, и во всякомъ случаѣ часто не только въ интересѣ этого послѣдняго?

II. Можетъ возникнуть однако вопросъ, почему не всѣ правонарушенія наказуемы? Нѣтъ ли въ преступномъ правонарушеніи специфическихъ свойствъ, изъ которыхъ съ необходимостью вытекала бы его наказуемость[9]? Долгое время *наука тщетно пыталась найти* эти свойства, установить *особую природу* преступленія, матеріальный признакъ, совершенно отличающій его отъ ненаказуемой неправды, въ особенности отъ неправды гражданской Но со времени Адольфа Меркеля, подвергшаго теоретическія попытки этого рода безпощадной критикѣ въ своихъ Kriminalistische Abhandlungen (т. I, 1687 г.), въ наукѣ прочно утвердилось мнѣніе о единствѣ неправды, о существованіи искомаго различія ея видовъ не въ особой природѣ правонарушеній преступнаго и гражданскаго, а въ особомъ характерѣ послѣдствій, что видно уже изъ факта двоякаго рода послѣдствій одного и того же дѣянія: гражданскаго удовлетворенія потерпѣвшаго и наказанія виновнаго[10], напр.: при умышлен-

---

8) Frank—комментарій, 14, 15 и въ V. D. V, 171, 172, ср. 267. Contra Liszt, 69, пр. 1.

9) Эта точка зрѣнія соотвѣтствуетъ абсолютнымъ теоріямъ.

10) Различіе этихъ послѣдствій вытекаетъ изъ различія функцій возмѣщенія вреда или устраненія неправомѣрнаго состоянія, напр.: признанія недѣйствительности сдѣлки, бывшей результатомъ преступленія, и наказанія (см выше, стр. 123). „Гражданская неправда не есть вовсе особый родъ неправды, говоритъ Сергѣевскій (59), а лишь извѣстный моментъ или черта неправды вообще, заключающаяся въ способности причиненнаго вреда быть возмѣщеннымъ". См. также Таганцевъ, I, 108 и слѣд. Поэтому нѣтъ основанія искать корней различія правовыхъ послѣдствій въ особой природѣ того или другого правонарушенія, къ чему незамѣтно для себя пришелъ отчасти самъ Merkel, какъ вѣрно отмѣчаютъ Binding, Norm, I, 242, 281—283; Liepmann, Einleit., 9. Съ другой стороны, нѣтъ основанія признаніе единаго рода неправды подкрѣплять тождествомъ послѣдствій гражданскаго и уголовнаго и видѣть или въ первомъ наказаніе, или во второмъ видъ возмѣщенія (идеальнаго) вреда (такъ Welcker), см. Binding, 273 и слѣд. и выше, стр. 124, а также здѣсь, ниже—ученіе Биндинга.

номъ причиненіи увѣчья, при кражѣ и многихъ другихъ преступныхъ дѣяніяхъ; а также изъ факта исторической измѣняемости круга преступленій, изъ которыхъ многія утратили преступный характеръ, вызывая только гражданскія послѣдствія, напр, неплатежъ долга, или же стали юридически безразличными поступками, напр., переходъ въ инославіе; какъ, съ другой стороны, нѣкоторыя прежде непреступныя дѣянія, напр., растовщичество, шантажъ, вызываютъ репрессію. *Только воля законодателя опредѣляетъ, преступно или не преступно то или другое правонарушеніе; наказуемость, согласно дѣйствующему праву—въ современномъ государствѣ, согласно закону,—вотъ признакъ, отличающій преступленіе, выдѣляющій его изъ группы другихъ, ненаказуемыхъ правонарушеній—признакъ формальный.*

III. Чѣмъ же однако руководится самъ законодатель при криминализаціи правонарушеній, при установленіи за нихъ карательныхъ послѣдствій въ законѣ? *Основанія криминализаціи весьма разнообразны, ихъ нужно искать во всѣхъ условіяхъ культуры даннаго государства, а также въ той функціи, которая должна выполняться наказаніемъ.* Можно представить себѣ и такой порядокъ, при которомъ всякое правонарушеніе влекло бы наказаніе, но исторія не знаетъ такого примѣра. Государство во множествѣ случаевъ можетъ охранить нормы и защищаемые ими интересы, не прибѣгая къ наказанію, напр, посредствомъ принужденія къ исполненію своихъ велѣній, къ прекращенію противорѣчащаго праву поведенія, къ востановленію нарушеннаго правомѣрнаго состоянія, къ возмѣщенію причиненнаго вреда Уже экономія государственныхъ средствъ и силъ исключаетъ криминализацію всякой неправды, такъ какъ, поражая преступника, наказаніе задѣваетъ цѣлый рядъ другихъ интересовъ, прежде всего семьи наказываемаго, лишаетъ общество одного изъ его членовъ, налагаетъ на бюджетъ государства бремя содержанія преступниковъ въ тюрьмахъ или въ мѣстѣ ссылки, и бремя издержекъ, связанныхъ съ организаціей судовъ, полиціи, съ производствомъ уголовныхъ дѣлъ, съ реклассаціей, возвращеніемъ въ нормальныя условія жизни лицъ,

отбывшихъ наказаніе [11]). Жизнь слишкомъ полна мелкими правонарушеніями, за которыми государство не можетъ угнаться съ мечомъ кары, да и надобности не имѣетъ, достигая поддержанія нормъ другими средствами принужденія. Только тамъ, гдѣ они непримѣнимы (выше, стр 148) или недостаточны, государство прибѣгаетъ къ наказанію. Каждая эпоха, каждый новый періодъ культурнаго развитія той или другой страны выдвигаетъ свои общественныя цѣнности, которыя государство находитъ нужнымъ обезпечить отъ посягательствъ [12]); каждый такой періодъ выдвигаетъ и рядъ посягательствъ, особенно распространенныхъ, подрывающихъ устои правопорядка уже частой своею повторяемостью Государство сельское и изобилующее городами, средневѣковое и современное, полицейское и правовое различно намѣчаютъ важность тѣхъ или другихъ интересовъ, а также предѣлы правовой регламентаціи и цѣли, достижимыя принужденіемъ, въ частности наказаніемъ, и въ циклѣ наказуемыхъ дѣяній и характерѣ карательныхъ мѣръ усматриваются существенныя различія въ зависимости отъ времени и мѣста. Колдовство и ереси, казавшіяся нѣкогда тяжкими преступленіями, нынѣ утратили свое значеніе, а преступленія печати пріобрѣли его, со времени распространенія періодической прессы, полицейское государство, расширявшее свои задачи до опеки надъ всей жизнью и дѣятельностью гражданина, находило возможнымъ примѣнять наказаніе за поступки, съ современной точки зрѣнія лишенные всякаго отношенія къ праву [13]). Экономическія теоріи—меркантилизмъ, фритредерство, современное ученіе соціальной политики различно смотрятъ на свободу труда, и эти взгляды

---

11) „Всякое наказаніе, говоритъ Liepmann (Z 28, стр 19), фигурируетъ въ счетѣ потерь государства. Наказывая, оно находится въ положеніи корабельщика, который, чтобы поддержать судно, вынужденъ бросить за бортъ цѣнности“. Извѣстно сравненіе Биндингомъ наказанія съ мечомъ безъ рукоятки, который ранитъ и того, кто имъ дѣйствуетъ.

12) „Тарифъ наказаній, по выраженію Іеринга (Zweck im Recht, I, 480), есть мѣрило цѣнности соціальныхъ благъ“.

13) Примѣры можно найти въ Handbuch Бара (§ 58)

отразились на криминализаціи стачекъ[14]). Сознаніе того, что цѣль искорененія тѣхъ или иныхъ соціальныхъ недуговъ при помощи наказанія не достижима, также диктовало иногда исключеніе нѣкоторыхъ дѣяній изъ цикла преступныхъ, таковы, напр., нѣкоторыя сексуальныя преступленія, имѣющія въ основѣ патологическое состояніе личности[15]). Иногда лучшая конструкція въ данномъ законодательствѣ какого-либо правоотношенія (напр., авторскаго права) и въ связи съ этимъ лучшее обезпеченіе защиты его въ гражданскомъ порядкѣ сокращаютъ сферу наказуемости соотвѣтствующихъ правонарушеній[16]). Важно также, не послужитъ ли криминализація дѣянія ко вреду для другихъ серіозныхъ интересовъ государства[17]).

IV.—1. Изъ изложеннаго вытекаетъ несостоятельность ученія естественно-правовой доктрины *о преступленіяхъ естественныхъ* (delicta naturalia, per se, sua sponte scelerata)[18]), наказуемыхъ всегда и всюду (delicta juris gentium, въ отличіе отъ delicta juris civilis, создаваемыхъ даннымъ положительнымъ правомъ).

Въ XIX в. сходное мнѣніе высказано Шталемъ (Die Philosophie des Rechts, II)· преступленіе есть безусловная неправда, гражданское правонарушеніе условное. Въ связи съ антропологическимъ ученіемъ о прирожденномъ преступникѣ воскресла идея „естественнаго преступленія“ (delitto naturale) въ иной формѣ, подъ перомъ Гарофало (Criminologie), утверждающаго, что преступное дѣяніе всегда обнаруживаетъ въ преступникѣ отсутствіе чувствъ состраданія или честности, именно той средней ихъ мѣры, которая принята въ данное время у культурнаго народа. Но всѣ законодательства знаютъ множе-

---

14) См. Полянскій. Коалиціи рабочихъ и предпринимателей, съ точки зрѣнія уголовнаго права. 1909. Ширяевъ. Религіозныя преступленія. 1909 (глава VIII).

15) По поводу наказуемости содоміи Штоссъ говоритъ (§ 4): „Нельзя защищать физіологическій законъ“. См. также Набоковъ, Сборникъ статей, 86 (Плотскія преступленія, особ. стр. 107, 108, 112 и слѣд.), Merkel-Liepmann, 275.

16) См. Merkel-Liepmann, 274. Нѣкогда многія нарушенія договоровъ, по свидѣтельству Іеринга, влекли наказаніе.

17) Такъ даже сторонники правовыхъ теорій (выше, стр. 132); см. еще Meyer-Allfeld, § 4-c.

18) Такъ, напр., Гуго Гроцій, Вольфъ (см. выше, прим. 79).

ство преступныхъ дѣяній, не имѣющихъ отношенія къ этимъ чувствамъ, таковы преступленія религіозныя, печати, противъ порядка управленія, противъ нравственности и т. д.[19]). Взглядъ Гарофало находится, далѣе, въ несоотвѣтствіи съ различіемъ нѣкоторыхъ постановленій государствъ одинаковой культуры относительно даже тѣхъ дѣяній, которыя вытекаютъ изъ недостатка упомянутыхъ чувствъ, такъ выстрѣлъ въ догонку вору наказывается у насъ и не наказывается въ Германіи.

Не имѣютъ бо́льшаго научнаго значенія и другія теоріи разграниченія уголовной и гражданской неправды по внутреннимъ (матеріальнымъ) признакамъ, поучительныя развѣ только своими заблужденіями. Важнѣйшія изъ этихъ теорій слѣдующія:

2. *субъективныя*. Онѣ ищутъ различія въ свойствахъ воли субъекта. Родоначальникъ этихъ теорій Гегель[20]), сторонники его взгляда, съ нѣкоторыми модификаціями, Кестлинъ и Бернеръ[21]), въ первыхъ изданіяхъ своего учебника, у насъ Власьевъ и Чичеринъ[22]). Сущность этихъ теорій заключается въ признаніи за уголовной неправдой характера сознательнаго противорѣчія частной воли (субъекта дѣянія) волѣ общей, выражаемой правомъ, тогда какъ при гражданской неправдѣ это противорѣчіе существуетъ только во внѣшней сферѣ, а не въ волѣ лица, которая остается добросовѣстной; гражданская неправда основана на заблужденіи нарушающаго право, она безсознательная (unbefangenes Unrecht, какъ ее называетъ Гегель). Эта теорія не только противорѣчитъ дѣйствующему праву, знающему наказуемые неосторожные деликты[23]), чуждые момента сознательной неправды, и ненаказуемую гражданскую недобросовѣстность, совсѣмъ не основанную на увѣренности каждой изъ сторонъ въ своемъ правѣ, но и de lege ferenda непріемлема: криминализація всякой такой недобросовѣстности, напр., при неисполненіи обязательствъ, при сознательномъ нарушеніи чужого владѣнія, невыполнимая и непродуктивная задача. Сами представители субъективныхъ теорій допускали отчасти существованіе сознательной гражданской неправды, напр., шиканы (Бернеръ), обмана (Гегель), но относили эти случаи или къ переходнымъ ступенямъ между этой и наказуемой неправдой (Бернеръ) или же къ особому, третьему роду неправды (Гегель, считающій однако и обманъ наказуемымъ).

---

19) См., напр., возраженія Florian'a (I, 90, изд. 1906 г.), Тарда на Парижскомъ конгрессѣ M. C. (Bulletin, IV, 87).

20) Въ „Grundlinien der Philosophie des Rechts".

21) Kostlin, Neue Revision, § 3, Бернеръ, Учебникъ, перев. Неклюдова, стр. 97.

22) См. Познышевъ, 122

23) Нѣкоторые, впрочемъ, устраняли это возраженіе, признавая неосторожныя дѣянія de lege ferenda не подлежащими наказанію; такъ, напр., Іонъ; см. Halschner, Die Lehre vom Unrecht, 3.

Въ наше время субъективная теорія въ измѣненной формѣ поддерживается Липманомъ [24]), который видитъ отличительный признакъ преступнаго правонарушенія въ моментѣ вины, конститутивномъ для преступленія, и случайномъ при неуголовномъ правонарушеніи, гдѣ онъ имѣетъ только квалифицирующее значеніе [25]). Но, если все таки и гражданская неправда бываетъ виновной, то одинъ и тотъ же признакъ, встрѣчающійся въ обоихъ видахъ, не можетъ служить для ихъ разграниченія

3 *Объективныя* теоріи

а) по мнѣнію Гельшнера [26]), непосредственный объектъ преступнаго посягательства образуютъ поставленныя подъ защиту права блага и учрежденія, которыя вообще не составляютъ предмета субъективнаго правомочія, или же составляютъ правомочія, изъятыя отъ распоряженія управомоченнаго (?) и связанныя правомъ непосредственно и неразрывно съ правовымъ субъектомъ; гражданская неправда противорѣчитъ праву лишь посредственно, поскольку оно существуетъ въ волѣ лица, создающей и упорядочивающей имущественно-правовыя состоянія, уголовная заключаетъ въ себѣ непосредственное противорѣчіе праву, правопорядку. Сходны съ этимъ мнѣнія Спасовича и Неклюдова [27]), хотя второй и указываетъ, возражая Спасовичу, что „всякое право можетъ быть предметомъ всѣхъ неправдъ", и дѣлаетъ самостоятельную попытку разграниченія ихъ по объекту уголовная неправда „направлена на самый объектъ права или на конкретнаго представителя его, такъ сказать на самый корпусъ права, личный или вещный", „гражданская неправда—на установившіяся между людьми отношенія по поводу какихъ-либо объектовъ правъ". Поврежденіе чужого имущества неосторожнымъ дѣйствіемъ, влекущее только возмѣщеніе вреда, и всѣ преступленія, направленныя на нематеріальныя блага, напр.: противъ вѣры, противъ нравственности, служатъ прекраснымъ опроверженіемъ этого взгляда. Что касается теоріи Гельшнера, то она неправильна уже потому, что объектъ преступленія, да и ненаказуемаго правонарушенія составляютъ правовыя блага, и право объективное, правопорядокъ непосредственнымъ объектомъ посягательства быть не можетъ Далѣе, если слѣдовать Гельшнеру, нельзя было бы признать кражу преступнымъ посягательствомъ, ибо объектомъ служитъ благо, составляющее предметъ субъективнаго правомочія

---

24) Einleitung, 16, 17.

25) Липманъ относитъ къ гражданской неправдѣ и противоправныя состоянія, вызванныя стихійными силами.

26) назв. соч., 23.

27) Спасовичъ, Учебникъ, 4; Неклюдовъ, примѣч. къ § 72 Учебника Бернера, 313—321.

b) Сущность уголовной неправды усматривается въ противорѣчіи дѣянія нравственности (Баръ) или этическому минимуму [28]). Въ послѣднемъ смыслѣ Manzini, а также Флоріанъ и Колояни [29]), которые полагаютъ, что преступленіе нарушаетъ среднюю нравственность даннаго народа въ данный моментъ, и Вульфенъ [30]), утверждающій, что, хотя и не все аморальное преступно, но все преступное аморально. Но нарушеніе нравственныхъ требованій можно усматривать и въ гражданской неправдѣ, хотя бы въ Бернеровской шиканѣ, и въ поступкахъ юридически индифферентныхъ; не всякое не соотвѣтствующее нравственности дѣяніе можетъ вызывать вмѣшательство государства съ карательнымъ принужденіемъ; а противъ взгляда Вульфена свидѣтельствуетъ фактъ наказуемости дуэли, недонесенія о содѣянномъ кѣмъ-либо преступленіи, проповѣди антимилитаризма, хотя въ этихъ дѣяніяхъ нѣтъ аморальнаго элемента, не говоря уже о многихъ мелкихъ проступкахъ, полицейскихъ нарушеніяхъ, какъ нарушеніе общественной тишины, неисполненіе различныхъ правилъ, установленныхъ въ интересахъ благоустройства. Между тѣмъ и эти проступки наказуемы, хотя въ послѣднее время раздаются голоса за выдѣленіе ихъ изъ области преступнаго, между прочимъ, по отсутствію въ нихъ аморальнаго характера (Франкъ).

c) Оригинальная точка зрѣнія предложена Биндингомъ, во второмъ изданіи перваго тома „Normen“ (§ 44—§ 46). Отъ различія между наказаніемъ и гражданскими послѣдствіями онъ заключаетъ къ различію уголовной и гражданской неправды. Каждое правонарушеніе посягаетъ на какое-либо субъективное право; такихъ субъективныхъ правъ есть много: кромѣ гражданскаго, различныя публичныя субъективныя права Сколько есть этихъ субъективныхъ правъ, столько и видовъ правонарушеній. Къ послѣднимъ Биндингъ относитъ не только поведеніе человѣка, но все, что нарушаетъ право, напр., случай Деликтъ только видъ правонарушеній, а именно виновное нарушеніе (Missachtung) публичнаго права на повиновеніе, или послушаніе (Botmassigkeit). Гражданская неправда исчерпывается нарушеніемъ частнаго права и не есть деликтъ; если она влечетъ и наказаніе, то лишь потому, что соединяетъ въ себѣ и нарушеніе права на повиновеніе. Преступленіе есть какъ-бы видъ деликта, наказуемый деликтъ,

---

28) Bar, Handbuch, 332 и слѣд., 312; Cp. Iellinek. Socialethisch. Bedeut., 126, который, впрочемъ, видитъ въ этомъ сущность всякой неправды; гражданская неправда отличается отъ уголовной только количественно меньшей экстенсивностью и интенсивностью послѣдствій, вызываемыхъ ею въ обществѣ.

29) Manzini. Del' imputabilità e della responsabilità. 1903 Florian, I, 90—92 (изд. 1906), Colojanni. Sociologia criminale, I, 64. Но всѣ они скорѣе опредѣляютъ соціальное значеніе преступленія, признаютъ его историческую измѣняемость и установленіе преступной области волей законодателя. Иначе Halschner. Das gem. Deut. Strafrecht, I, 16.

30) Wulffen. Psychologie des Verbrechers. 1908, II, 30, 33.

наказуемость есть слѣдствіе деликта, но не необходимое, и его наступленіе основывается не на одномъ деликтномъ свойствѣ дѣянія (ср выше 132) Для этой теоріи является непреоборимымъ затрудненіемъ конструкція неосторожныхъ преступныхъ дѣяній, въ которыхъ не заключается неповиновенія; послѣднее можетъ быть только сознательнымъ, даже только намѣреннымъ. Независимо отъ этого, нельзя переносить центръ тяжести преступнаго дѣянія на формальный моментъ—неповиновеніе: тогда всѣ преступленія должны были бы влечь одинаковое наказаніе. Право на повиновеніе, по остроумному замѣчанію Тона, играетъ у Биндинга роль шляпы Гесслера въ извѣстномъ швейцарскомъ преданіи: требуется отдача поклона символу, что бы за нимъ ни скрывалось. Если же, какъ это дѣлаетъ и Биндингъ, придавать при наказаніи значеніе и правовому благу и ставить тяжесть или характеръ перваго въ зависимость отъ важности блага, объекта посягательства, то это значитъ приносить въ жертву самое существенное въ этой теоріи [31]).

d) Были также попытки разграниченія, основанныя на различіи способовъ дѣйствія: въ преступленіи видѣли непремѣнно положительное дѣйствіе (Гельшнеръ въ позднѣйшемъ трудѣ) [32]), тогда какъ гражданская неправда представляетъ собою пассивное сопротивленіе праву, неисполненіе его требованій, или же способомъ преступнаго дѣйствія признавали только обманъ и насиліе (Гельшнеръ, Бернеръ) [33]), но этимъ утвержденіямъ противорѣчитъ существованіе ненаказуемыхъ дѣяній, влекущихъ только гражданскую отвѣтственность, какъ неосторожное поврежденіе чужого имущества, запашка завѣдомо чужого участка земли, и наказуемыхъ упущеній, какъ неявка къ отбыванію воинской повинности или непредотвращеніе запрещеннаго послѣдствія въ нарушеніе спеціальной обязанности (см. ниже), эти примѣры и друг. (богохульство) доказываютъ также несостоятельность взгляда, сводящаго всѣ преступленія къ насилію или обману, который, кстати сказать, можетъ дать часто основаніе только къ гражданскому иску [34]), а съ другой стороны свидѣтельствуютъ противъ мнѣнія Гельшнера, что, по

---

31) Merkel-Liepmann, 10—12, Liepmann, Einleit., 11. Ср. Bierling, III, 183.

32) Hälschner. Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881. I, стр. 25 и слѣд.

33) Бернеръ-Неклюдовъ, 311, со ссылкой на Цицерона (de offic. I, 13): „Duobus modis fit injuria: aut vi, aut fraude“. Halschner, op. cit. пр. 1, на 27 стр.

34) Именно имѣя въ виду случаи ненаказуемаго обмана, Ortolan (I, 256, 257) устанавливаетъ сущность наказуемой неправды по тому признаку, что противъ нея личность не въ состояніи оградить себя индивидуальными средствами и способностями. Что касается пониманія насилія въ переносномъ смыслѣ (напр., у Гельшнера „насиліе надъ правомъ“), то и его можно усматривать не только въ преступленіи, но и во всякой неправдѣ.

крайней мѣрѣ de lege ferenda, всѣ упущенія, какъ не составляющія преступленія по своей сущности, а особую полицейскую неправду, не должны вызывать наказанія. далеко не всѣ упущенія могутъ быть отнесены къ этой категоріи неправды; въ нѣкоторыхъ могутъ заключаться тѣ черты безнравственнаго, которыя и ведутъ къ наказанію, по взгляду Гельшнера (34—36, 27, 28).

V. Можно указать еще на нѣкоторыя *опредѣленія преступленія по его содержанію*, которыя, не претендуя на точность и полноту, *желаютъ подчеркнуть соціальное значеніе* этого явленія. Уже Іерингъ опредѣлялъ преступленіе, какъ поставленіе въ опасность жизненныхъ условій общества. Сходны опредѣленія Листа, Штосса[35]), Колоянни, Флоріана. По Листу, преступленіе есть особенно опасное, по взгляду законодателя, для даннаго правопорядка посягательство на защищенные правомъ интересы. Колоянни и Флоріанъ отмѣчаютъ еще, какъ было указано, нарушеніе преступнымъ дѣяніемъ не только условій существованія общества, но и средней нравственности народа въ данный моментъ, а также антисоціальность мотивовъ. У С. В. Познышева (127) преступленіе такое дѣяніе, которое выходитъ за предѣлы свободы личности, совмѣстимой съ общимъ прогрессомъ, посягаетъ на какое-либо благо другихъ и не можетъ быть въ достаточной мѣрѣ предупреждаемо, если его не будетъ сопровождать уголовное наказаніе.

VI. Итакъ преступленіе есть правонарушеніе, съ которымъ дѣйствующее право связываетъ наказаніе, какъ послѣдствіе. Понятіе преступленія слагается, во-первыхъ, изъ признаковъ, присущихъ ему, какъ правонарушенію, во-вторыхъ, изъ формальнаго признака—наказуемости, согласно дѣйствующему праву.

Первая группа признаковъ сводится къ тремъ: 1) дѣянію, или, точнѣе, поведенію, обнимающему какъ положительное дѣйствіе-содѣяніе, такъ и упущеніе, или бездѣйствіе, 2) представляющему собою внѣшнее выраженіе вины субъекта, который совершилъ это дѣяніе, 3) направленному на право-

35) Ihering. Zweck im Recht (изд. 2), I, 490. Liszt, Lehrb, 195; Stoos, 70.

вое благо (или правоохраненный интересъ) и вмѣстѣ съ тѣмъ противорѣчащему правовой нормѣ. Отсюда *полное опредѣленіе: преступленіе есть виновное противоправное дѣяніе (поведеніе), съ которымъ законъ связываетъ наказаніе, какъ послѣдствіе.*

Упомянутые три признака, относящіеся къ дѣянію, его субъекту и объекту, въ своей совокупности образуютъ *общій составъ преступленія*, свойственный каждому изъ видовъ и подвидовъ послѣдняго. Совокупность признаковъ, существенныхъ для какого либо отдѣльнаго вида или подвида преступленія, напр. кражи, мошенничества, убійства, носитъ названіе *особеннаго состава преступленія*[36]). Въ составѣ преступленія различаютъ далѣе объективные признаки—дѣяніе, съ его внѣшней стороны, и объектъ (*объективный составъ*) и субъективные—внутреннюю сторону дѣянія, его отношеніе къ психикѣ субъекта, или вину послѣдняго и различныя ея формы (*субъективный составъ*)

Ученіе объ общемъ составѣ преступленія носитъ названіе общаго ученія о преступленіи, куда принадлежитъ также

---

36) Съ отдѣльными составами и связываетъ законъ карательныя послѣдствія. Поэтому Beling (Verbrechen, 7 и § 4) вноситъ въ опредѣленіе преступленія еще признакъ „tatbestandsmassig", т. е. „соотвѣтствующее опредѣленному составу" дѣяніе, и сверхъ того признакъ—„удовлетворяющее условіямъ карательной угрозы", имѣя въ виду особыя условія, лежащія внѣ состава преступленія, наличность или отсутствіе которыхъ требуется закономъ для наказуемости дѣянія (§ 8); ихъ называютъ иногда условіями наказуемости (Frank, 113), напр.: условіе банкротства, по германск. праву, составляетъ открытіе конкурса; сюда, напр., по нашему праву, относится воспрещенность дѣянія, совершеннаго за-границей, по закону мѣста совершенія, какъ условіе примѣненія къ находящемуся въ Россіи преступнику нашего закона (см. выше, 91), практическое значеніе отграниченія этихъ условій отъ признаковъ состава выражается въ томъ, что вина не распространяется на первыя, моментъ окончанія преступленія не зависитъ отъ времени наступленія условія, точно такъ же начало теченія давности и т. д См. еще Liszt, § 44—III. Отъ этихъ условій отличаютъ личныя исключающія наказуемость основанія, оставляющія дѣяніе преступнымъ (важно для отвѣтственности соучастниковъ) и создающія льготу для опредѣленнаго лица, сюда относится, напр., экстерриторіальность (выше 79, пр. 23). О признаваемыхъ нѣкоторыми отрицательныхъ признакахъ состава, отсутствіе которыхъ предполагается, какъ необходимая оборона и друг. обстоятельства, устраняющія противоправность, см въ главахъ, посвященныхъ послѣднимъ.

ученіе о модальностяхъ (формахъ проявленія) преступнаго дѣянія: покушеніи, соучастіи, единствѣ дѣянія, такъ какъ эти модальности не составляютъ особенностей отдѣльныхъ преступленій, а относятся къ модификаціямъ преступнаго дѣйствія вообще.

VII. Классификація преступленій можетъ основываться или на различіи признаковъ состава, или на тяжести опредѣленнаго закономъ наказанія. Въ первомъ отношеніи можно разграничивать преступленія по различію субъективной стороны, или по различію объектовъ, или по особенностямъ преступнаго поведенія. Такимъ образомъ преступленія могутъ быть: 1. умышленныя или неосторожныя, 2. направленныя на блага частныхъ лицъ, или общества, или государства; эта классификація допускаетъ дальнѣйшія подраздѣленія: преступленія противъ частныхъ лицъ могутъ быть направлены на личныя блага (жизнь, здоровье и т. д.) или на имущественныя и т. п., классификація по объекту служитъ главнымъ основаніемъ системы, принимаемой уголовными кодексами при разграниченіи отдѣльныхъ видовъ и подвидовъ преступленій и при выборѣ законодателемъ мѣры наказанія; 3. преступленія могутъ быть далѣе: a) деликтами причиненія вреда (убійство, изнасилованье) или поставленія въ опасность (напр., оставленіе безъ помощи путника проводникомъ); b) *матеріальными или формальными*: при вторыхъ преступленіе исчерпывается дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ (изнасилованье, словесная обида, неприписка къ призывному участку), при первыхъ требуется наступленіе предусмотрѣннаго закономъ результата—вреда или опасности (убійство, поджогъ своего нежилого строенія по сосѣдству съ чужими) Результатъ въ сущности есть и при формальныхъ деликтахъ, но онъ сливается съ бездѣйствіемъ или дѣйствіемъ, какъ мускульнымъ движеніемъ, при матеріальныхъ, онъ отдѣлимъ во времени отъ послѣдняго и доступенъ чувственному воспріятію; c) по характеру поведенія различаются преступныя содѣянія или положительныя дѣйствія (убійство, кража) и упущенія (бездѣйствіе), напр., неприписка къ призывному участку. Это различіе въ то же время и по особенностямъ нарушаемой нормы: содѣянія

нарушаютъ всегда запретительныя нормы, упущенія большей частью требовательныя нормы; но возможно нарушеніе и запрета посредствомъ упущенія, какъ непредотвращеніе запрещеннаго результата.

Предлагаются иногда и другія подраздѣленія, но ихъ практическое значеніе, какъ и приведенныхъ выше, можетъ быть оцѣнено только въ связи съ послѣдующимъ изложеніемъ отдѣльныхъ вопросовъ ученія о преступленіи, а классификація по объекту представляетъ интересъ для особенной части. Здѣсь же важно остановиться на классификаціи по тяжести наказанія, въ виду ея общаго значенія и въ виду связи ея съ вопросомъ о существованіи такъ назыв. полицейской неправды.

Во многихъ современныхъ законодательствахъ принято подраздѣленіе преступленій на категоріи, *въ зависимости отъ тяжести положеннаго въ законѣ наказанія*. Образцомъ послужило трехчленное дѣленіе преступныхъ дѣяній во французскомъ уголовномъ кодексѣ (Code pénal 1810 г.), различающемъ по сейчасъ упомянутому признаку crimes, délits и contraventions, родовое понятіе преступленія обозначается въ литературѣ терминомъ—infraction. Указанные видовые термины обыкновенно переводятся на русскій словами преступленія, проступки и нарушенія. Но русскому праву это подраздѣленіе неизвѣстно, и терминъ „преступленіе“ употреблялся до Угол. Улож. 1903 г. въ смыслѣ родового понятія: хотя Улож. о нак. говоритъ и о проступкахъ, кромѣ преступленій, но не связываетъ съ этими выраженіями опредѣленнаго содержанія и употребляетъ оба слова часто синонимически. *Уголовное Уложеніе усвоивъ трехчленное дѣленіе, пользуется терминами: тяжкое преступленіе, преступленіе и проступокъ* (ст. 3). Къ первой категоріи принадлежатъ дѣянія, влекущія по закону, какъ высшее наказаніе, смертную казнь, каторжныя работы или ссылку на поселеніе, ко второй—влекущія исправительный домъ, крѣпость, тюрьму, къ третьей—низшія наказанія: арестъ, денежную пеню. Эта терминологія была вызвана желаніемъ не принижать значенія второй категоріи въ глазахъ населенія наименованіемъ этихъ дѣяній принятымъ въ литературѣ терминомъ „проступки“. Вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ необходимость различать преступленіе въ тѣсномъ смыслѣ—статьи 3 Угол. Ул.—и въ широкомъ, какъ *родовое понятіе*, или же обозначать

послѣднее терминомъ „преступное дѣяніе“ или болѣе короткимъ *условнымъ терминомъ—„деликтъ“*.

Нѣкоторыя законодательства усвоили двухчленное дѣленіе: преступленіе и нарушеніе. Такъ Нидерландское, Итальянское, Норвежское уложенія, Швейцарскій проектъ. Классификація по тяжести наказанія не имѣетъ принципіальнаго значенія, а преслѣдуетъ практическія цѣли удобства: такъ, вмѣсто перечисленія дѣяній, подсудныхъ тому или другому суду, или вызывающихъ наказаніе и при покушеніи или соучастіи, проще обозначать ихъ общимъ терминомъ, также при опредѣленіи сроковъ давности въ зависимости отъ тяжести наказанія и т. п. Конечно, при выборѣ карательныхъ мѣръ за то или другое преступное дѣяніе, законодатель руководится сравнительной важностью послѣдняго; такимъ образомъ указанное подраздѣленіе косвенно основывается на различіи самихъ преступныхъ дѣяній, находящемъ отраженіе въ различіи карательной санкціи, но, какъ удобный по своей опредѣленности признакъ, избирается именно санкція, а не свойство преступленія [37]). Но законодатель иногда самъ принужденъ дѣлать отступленія и обращать вниманіе при опредѣленіи подсудностй, наказуемости покушенія и т. п. не на формальный моментъ—санкцію, а на существо дѣянія, такъ какъ тожество рода наказанія не всегда свидѣтельствуетъ объ одинаковомъ значеніи или природѣ преступленій, караемыхъ этимъ наказаніемъ: арестъ влекутъ подчасъ легкія посягательства на личность или на имущество, нѣкоторыя преступленія печати, многія нарушенія обязательныхъ полицейскихъ постановленій или законовъ полицейскаго характера или фискальныхъ; преступленіями именуются въ Угол. Улож. дѣянія, наказуемыя тюрьмой, которая можетъ быть назначаема на 2 недѣли, и исправительнымъ домомъ (исправ. арестантскими отдѣленіями), который можетъ быть назначаемъ на срокъ до 6 лѣтъ, далѣе крѣпостью, хотя эта карательная мѣра имѣетъ совсѣмъ особый, специфическій характеръ—

37) Такъ Chauveau et Hélie, I, 43; Garraud, I, № 94 (изд. 2), Таганцевъ, I, № 26. Объяснит записка къ проекту Угол. Ул. къ ст. 3. Здѣсь, впрочемъ, отмѣчается несоотвѣтствіе трехчленнаго дѣленія принятой у насъ системѣ подсудности

custodia honesta—и предполагаетъ дѣяніе, чуждое безчестныхъ побужденій (напр, дуэль).

Объединеніе столь разнородныхъ по своему существу дѣяній общимъ терминомъ едва ли можетъ служить даже техническимъ, редакціоннымъ цѣлямъ, поскольку законодатель имѣетъ въ виду различіе въ подсудности, наказуемость покушенія и другія опредѣленія связать съ особенностями самого деликта классификація, основанная на карательной санкціи, можетъ привести къ постановленіямъ случайнаго характера, не опирающимся на принципіальныя соображенія [38]).

Поэтому въ послѣднее время въ наукѣ наблюдается стремленіе отказаться отъ классификаціи трехчленной или вообще основанной на тяжести наказанія и замѣнить ее разграниченіемъ преступныхъ дѣяній въ зависимости отъ ихъ внутренняго различія, чтобы затѣмъ общія начала матеріальнаго уголовнаго права, а также судопроизводства примѣнять только къ уголовной неправдѣ въ истинномъ смыслѣ, т. е. къ кругу болѣе важныхъ преступленій или во всякомъ случаѣ достаточно серіозныхъ, а мелкіе деликты выдѣлить въ особую группу или даже отнести къ особому кодексу и производство о нихъ, насколько возможно, упростить, сдѣлать суммарнымъ [39]), такъ какъ принятое нынѣ объединеніе въ уголовномъ кодексѣ проявленій дѣйствительной преступности—преступленій съ нехарактерными для караемой личности мелкими деликтами [40]) препятствуетъ правильной классификаціи преступниковъ и планомѣрной организаціи репрессіи, а тожество процессуаль-

---

38) См., напр., Prins, № 145, Meyer-Allfeld, 116, прим. 20; Rossi, (изд. 1863 г.) I, 46 (впадаетъ въ преувеличенія) Rosenberg, Z XXIV, 1—5, Merkel, GS. Abh, II, 163—167. Binding, GS 77, стр. 10.

39) Въ этомъ направленіи особенно Frank и Goldschmidt въ ихъ докладахъ Штутгартскому съѣзду герм. группы М С, Листъ и Kahl въ докладахъ 26-му съѣзду германск. юристовъ (см. литерат. къ настоящ главѣ); Wach въ V. D VI, 9 и въ Reform, I, 7. См. еще Мокринскій, III, 371 и слѣд Kitzinger, Internat. Kriminal. Vereinigung. 31 и слѣд.

40) Въ этомъ смыслѣ Liszt въ докладѣ 26 съѣзду германск. юристовъ (Verhand d. 26 Juristentages, I, 273), Rosenfeld, Mittheil. J. K. V. VIII, 53; Пусторослевъ и особенно Reichard въ докладахъ Будапештск. конгрессу (Mittheil VIII, 77, 92), Познышевъ, 139—141.

ныхъ порядковъ при преслѣдованіи тѣхъ и другихъ дѣяній не оправдывается дѣйствительной необходимостью. Вопросы о покушеніи, соучастіи, формахъ и оттѣнкахъ вины, о мотивахъ правонарушенія, отчасти о рецидивѣ[41]) не имѣютъ значенія при этихъ мелкихъ деликтахъ; наказаніе лишеніемъ свободы[42]), въ особенности въ формѣ тюремнаго заключенія, начала законности въ дѣйствіяхъ обвинительной власти и непосредственности въ отношеніи доказательствъ признаются неумѣстными или даже вредными при этихъ нарушеніяхъ[43]), вмѣсто этого рекомендуется условное осужденіе, денежная пеня, но безъ замѣны лишеніемъ свободы, при несостоятельности, а съ разсрочкой и отработкой долга; необязательность для прокуратуры уголовнаго преслѣдованія, если нарушеніе слишкомъ ничтожно (начало усмотрѣнія—цѣлесообразности, Opportunitatsprincip)[44]), допущеніе въ большемъ объемѣ рѣшенія дѣла на основаніи имѣющихся въ виду судьи протоколовъ и т. п.

Затрудненіе возникаетъ при разрѣшеніи вопроса, какой признакъ положить въ основу этой классификаціи? Одни криминалисты имѣютъ въ виду выдѣленіе изъ уголовныхъ кодексовъ и области преступнаго *полицейскихъ* деликтовъ, по примѣру старой доктрины, временъ Фейербаха и Кестлина, которая признавала существованіе особой полицейской неправды[45]), но пользуются другимъ критеріемъ разграни-

---

41) Ср. Frank, Mittheil. XII, 201 (при рецидивѣ и сознательномъ противодѣйствіи закону—лишеніе свободы) и Rosenfeld, Mittheil. VIII, 52 (противъ вліянія рецидива на отвѣтственность при нарушеніяхъ).

42) Такъ большинство, см., напр., Frank, l. c., 201 (допускаетъ домашній арестъ, что при обилии мелкихъ деликтовъ невыполнимо), 205 (противъ тюрьмы „Мечъ, употребляемый для рубки дровъ, отказываетъ въ день сраженія"); Rosenberg въ Z, XXII, 47, слѣд.

43) Такъ Frank, l. c., 202. Rosenfeld, l. c. При системѣ судебныхъ приказовъ, уже и нынѣ мелкіе деликты, у насъ, напр., влекущіе наказаніе не свыше 50 руб. пени, могутъ быть разсмотрѣны судьей безъ вызова сторонъ и повѣрки доказательствъ, на основаніи протоколовъ; но для сторонъ остается путь обращенія дѣла къ обычному порядку.

44) Кромѣ Frank'a, Rosenberg, Z. XXII, 54, Rosenfeld, l. c.

45) Въ полицейской неправдѣ не усматривали правонарушенія, считая, что объектомъ преступленія служитъ субъективное право, тогда какъ полиц. неправда противорѣчитъ только предписаніямъ, лишь косвенно

ченія, иногда другимъ болѣе широкимъ терминомъ—нарушенія обязанностей, устанавливаемыхъ нормами управленія (Гольдшмидтъ: Verwaltungsdelikte, Verwaltungsstrafrecht[46]), и вмѣсто прежней компетенціи полиціи на рѣшеніе этихъ дѣлъ выдвигаютъ подсудность административнымъ судамъ; къ такимъ деликтамъ относятъ наказуемыя нарушенія различныхъ предписаній органовъ полиціи, самоуправленія или администраціи, бланкетныхъ законовъ, а также законовъ, относящихся къ различнымъ отраслямъ управленія (почтоваго, финансоваго и т. п.) и снабженныхъ карательной санкціей; или же—вообще деликты, въ которыхъ *преобладаетъ моментъ непослушанія надъ внутренними чертами* (Меркель, Биндингъ, Гуго Мейеръ, Алльфельдъ и друг.)[47]),

---

отражающимъ цѣль государства (такъ Feuerbach, Lehrb. изд. 14, §§ 21, 22, 432, 461; поэтому къ полиц. неправдѣ онъ относилъ и кровосмѣшеніе, не посягающее на чье-либо субъективное право), или же усматривали возможную неправду, въ виду отсутствія вреда и лишь возможности его (опасности дѣянія); такъ Kostlin, System, § 16—§ 20 (здѣсь и прежняя литература) и Neue Revision, § 3, примыкая къ Гегелю. Уже въ старой литературѣ раздавались голоса противъ разграниченія уголовной и полицейской неправды.

46) Первыя указанія на такую постановку вопроса уже у Лоренца Штейна, далѣе у Отто Майера (Verwaltungsrecht), который видитъ сущность полицейской неправды въ нарушеніи добраго порядка общежитія Гольдшмидтъ отличаетъ нормы управленія отъ правовыхъ, даже когда первыя устанавливаются законами, а не административными властями, это особое право управленія. Деликты управленія направлены не на защищенные правомъ интересы, а на интересы, выраженные управленіемъ; уголовное право управленія есть деликтное обязательство права управленія. Отсюда и особенности его: подсудность административнымъ судамъ, отвѣтственность юридическихъ лицъ, пресумція вины (culpa in eligendo) и отвѣтственность безъ вины, какъ при неисполненіи договора (см особ Mittheil. J. K. V. XII, 217 и слѣд.).

47) Такъ Meyer-Allfeld, 115; Liszt, 123. Формальный моментъ—неповиновенія нормѣ выдвинутъ Merkel'емъ (Abh., I, 97) и Binding'омъ (Norm, § 54, особ. 407 и слѣд.), который впрочемъ противъ термина „полицейская неправда“ и употребляетъ терминъ „деликты чистаго непослушанія“, это вызываетъ возраженіе, что они оказываются тогда не имѣющими *никакого* отношенія къ правовымъ благамъ, а наказуемы какъ-бы для упражненія гражданъ въ повиновеніи. (Frank, 608, Мокринскій, III, 380). О *преобладаніи* формальнаго момента говорятъ Meyer-Allfeld и Manzini, I, 96, ср. Goldschmidt въ G. Arch. 49 т., 78.

въ которыхъ дѣяніе не причиняетъ вреда и не создаетъ часто и опасности для правоохраненныхъ интересовъ, а содержитъ только элементъ *возможной* опасности[48]), вслѣдствіе чего законодатель связываетъ съ ними наказаніе, хотя бы въ данномъ случаѣ опасность исключалась (быстрая ѣзда, но по пустынной въ данное время улицѣ); такіе деликты невполнѣ совпадаютъ съ нарушеніями обязанностей, установленныхъ нормами управленія (Verwaltungsrecht), какъ ихъ понимаетъ Гольдшмидтъ; послѣдній полагаетъ, что выдѣленію подлежатъ деликты, состоящіе въ противодѣйствіи интересамъ общаго благосостоянія, какъ они опредѣляются компетентнымъ органомъ управленія; но, по мнѣнію Франка, въ эту категорію не войдутъ нарушенія полицейскихъ нормъ, направленныхъ къ предотвращенію вреда, между тѣмъ и они не относятся къ области преступнаго; характерный признакъ ихъ заключается именно въ отмѣченной выше возможной опасности дѣйствія, при чемъ нарушаемыя нормы точнѣе опредѣляютъ, спеціализируютъ требуемую гражданскимъ оборотомъ заботливость или внимательность[49]).

---

48) „Опасность опасности", по выраженію Rotering'a. См., по поводу критерія опасности для выдѣленія полицейскихъ деликтовъ, особенно С. П. Мокринскій, III, 370—396; самъ онъ считаетъ признакомъ, существеннымъ для послѣднихъ, что при нихъ не требуется ни сознанія, ни возможности сознанія потенціальнаго момента (опасности) дѣйствія, а нужно лишь сознаніе самого дѣйствія; но вѣдь вопросъ заключается de lege ferenda въ томъ, когда именно можно не считаться съ сознаніемъ субъекта объ опасности дѣйствія? Этотъ вопросъ остается открытымъ.

49) Frank, комментар., 609; сходно Wach въ Reform, I, l. c. Что опредѣленіе Гольдшмидта не охватываетъ всѣхъ полицейскихъ деликтовъ, находитъ и Алльфельдъ (Meyer-Allfeld, 115, пр. 17, напр., бросаніе твердыхъ предметовъ); съ другой стороны, не всѣ эти деликты содержатъ элементъ возможной опасности, а иногда представляютъ дѣйствительную опасность, и послѣдняя входитъ, какъ признакъ, въ составъ деликта, напр., „пусканіе фейерверка въ опасной близости жилищъ" (см. Goldschmidt въ G. Arch., 49 т., 79). Louis Kahn, Bulletin (Mitteil I. K. V.), VIII, 135, указываетъ, что иногда полицейскій деликтъ состоитъ (и de lege ferenda) въ причиненіи вреда, напр, срываніе цвѣтовъ въ общественномъ саду, запрещенное муниципальнымъ постановленіемъ, иногда же деликтъ, содержащій только возможную опасность, напр., составленіе шайки, долженъ быть отнесенъ къ области преступнаго.

Другіе криминалисты придаютъ при классификаціи значеніе не этимъ объективнымъ чертамъ нарушеній—объекту дѣянія (т. е. интересъ управленія) или свойствамъ дѣйствія (возможной опасности, въ отличіе отъ дѣйствительной опасности или же отъ вредоносности его), а субъективной сторонѣ нарушеній· несущественности для послѣднихъ вины[50]) или умысла, или отсутствію преступнаго состоянія личности (Пусторослевъ) или „опаснаго состоянія" ея (Райхардъ[51]); къ этому взгляду близки и тѣ криминалисты, которые, хотя не признаютъ качественнаго различія между преступленіями и нарушеніями, но склонны подчинить послѣднія инымъ началамъ репрессіи и судопроизводства и различаютъ крупную и мелкую преступность въ сущности потому, что проявленія второй—нарушенія—не служатъ показателемъ специфическихъ свойствъ личности, вліяющихъ на выборъ карательныхъ мѣръ[52]) Близокъ къ этому, хотя и имѣетъ смѣшанный характеръ объективно-субъективный, взглядъ, согласно которому къ особой категоріи легко наказуемыхъ дѣяній: нарушеній или же проступковъ (Познышевъ), отличаемыхъ отъ истинно преступныхъ дѣяній, должны принадлежать такія, которыя не противорѣчатъ средней морали даннаго общества; здѣсь также выдѣленіе изъ области преступнаго основывается на свойствѣ дѣянія, но въ то же время и на свойствахъ дѣйствующаго субъекта,

---

50) Такъ особенно Chauveau et Hélie, I, 44; другіе не придаютъ значенія ея оттѣнкамъ, т. е. различію умысла и неосторожности (Ortolan, I, 642—644; Rosenfeld, Mittheil., VIII, 53). Во всякомъ случаѣ и при нарушеніяхъ требуется вмѣняемость для отвѣтственности. Въ пользу вліянія на отвѣтственность *сознательнаго* противодѣйствія нормѣ, въ отличіе отъ неосторожности, Rosenberg Z. XXIV, 15 (напр., при нарушеніи правилъ о работѣ дѣтей на фабрикахъ), см. также Frank (выше прим. 41). За выдѣленіе въ особую группу всѣхъ деликтовъ неумышленныхъ и за примѣненіе къ нимъ иного рода мѣръ (пени), но не наказанія Cuche, въ докладѣ Лиссабонск. конгрессу M. C. (Mittheil., VI, 74, 75).

51) См. указанные выше доклады проф Пусторослева и Рейхарда. Въ своемъ курсѣ Пусторослевъ уже не проводитъ указаннаго въ текстѣ различія (стр. 188 и § 32)

52) Rosenberg, Z. XXII, 23 и слѣд.

въ отношеніи котораго примѣненіе обычныхъ пріемовъ борьбы съ преступностью признается излишнимъ[53]). Сторонники этого второго взгляда, въ различныхъ его вариантахъ, относятъ къ области нарушеній и мелкіе деликты, направленные противъ благъ частныхъ лицъ, напримѣръ: похищеніе малоцѣнныхъ предметовъ (плодовъ, папиросъ) для непосредственнаго потребленія, обиду, клевету и не ограничиваютъ этой области полицейскими деликтами, даже въ болѣе широкомъ, современномъ смыслѣ слова, а тѣ изъ послѣднихъ, которые имѣютъ аморальный характеръ или даютъ указаніе на преступное или опасное состояніе личности, зачисляютъ въ категорію дѣйствительно преступнаго (напр. продажу испорченныхъ продуктовъ, жестокое обращеніе съ животными, выставленіе оскорбительныхъ для стыдливости рисунковъ[54]).

Нельзя однако не признать, что этотъ пріемъ классификаціи или игнорируетъ различіе между правомъ и нравственностью и ведетъ къ смѣшенію полицейскихъ нарушеній съ серіозными посягательствами, лишенными аморальнаго характера, но вредными или опасными съ точки зрѣнія государства, къ объединенію всѣхъ такихъ дѣяній въ одну группу[55]), или основывается на другомъ невѣрномъ

---

53) Познышевъ, 139—141. Отрицаютъ аморальный характеръ нарушеній Ortolan, I, 265, Halschner (см. выше, стр. 165), Garraud, I, 97; Frank, Mittheil. XII, 201; 215; Van-Hamel и уже средневѣковые итальянскіе юристы (Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, 439, 38, 39, 107). Но не всѣ названные криминалисты принимаютъ этотъ признакъ для разграниченія преступленій и нарушеній. Противъ такого критерія Таганцевъ, I, 113 (тогда бы преступленіемъ была продажа шкуры палаго зараженнаго животнаго во время скотскаго падежа). Florian относилъ къ преступнымъ только естественныя преступленія, къ contravenzioni —условныя (convenzionali)—Trattato, I, 93 (1906 г.), но въ изд. 1910 г. онъ признаетъ различіе количественнымъ (№ 173). См. по поводу естественныхъ преступленій выше (стр. 160), а также Goldschmidt op. c., 38, Rosenberg, Z. XXII, 9.

54) См. Пусторослевъ Mit. J. K. V. VIII, 88—91, Reichard, ibid., 96, 97

55) Возраженія см. у Таганцева, I, 113; Goldschmidt'а, l. c., Rosenberg'а, l. c. Manzini, I, 96, слѣдуя Otto Mayer'у, усматриваетъ и въ полицейскомъ нарушеніи этическій элементъ, состоящій въ противодѣйствіи санкціонированной юридической обязанности

положеніи, будто проявленія острой преступности совпадаютъ съ мелкими по своему объективному значенію деликтами, тогда какъ она можетъ выразиться и въ тяжкихъ преступныхъ посягательствахъ; если же подъ преступнымъ состояніемъ личности разумѣть не „опасное состояніе“ и не только хроническую преступность, а также преходящее психическое состояніе, заслуживающее репрессіи, то всякое дѣяніе, съ которымъ хотятъ связать наказаніе, окажется выраженіемъ этого свойства личности, даже незначительное, и нарушенія сольются съ преступленіями въ собственномъ смыслѣ.

Что касается выдѣленія изъ области преступнаго полицейскихъ нарушеній, то даже сторонники этого взгляда не считаютъ вопросъ о признакѣ послѣднихъ рѣшеннымъ [56]), хотя и полагаютъ, что это не должно служить препятствіемъ къ созданію для нихъ особаго кодекса и примѣненію упомянутыхъ выше началъ репрессіи и порядка производства. Но, если оставить въ сторонѣ подсудность административнымъ судамъ, что не признается безспорнымъ [57]), и обратиться къ предложеніямъ матеріально-правового характера—о способѣ репрессіи, о давности, покушеніи, то придется сдѣлать выводъ, что, и при установленности признака полицейскихъ нарушеній, наука уголовнаго права мало бы выиграла [58]): сущность вопроса заключается не въ этомъ, а въ опредѣленіи свойства, характерной черты той группы

---

56) Goldschmidt въ Mittheil., XII, 229, примѣч., Liszt въ Verhandl. 26 deut Jurist. tages, I; см. возраженія у Мокринскаго, l. c., Rosenberg'a въ Z. XXIV, 10, 11 и друг., указываем. Гольдшмидтомъ. Ко взгляду Гольдшмидта примыкаютъ Liszt, Lehrb. 123, Frank въ коммент., l. c съ указаннымъ выше дополненіемъ; въ докладѣ Штутгартскому съѣзду онъ скорѣе за обособленіе вообще мелкихъ деликтовъ. На смѣшеніе полицейскихъ нарушеній съ этими послѣдними—нарушеніями вообще-справедливо указываетъ Kitzinger, op. c., 33 и 38. Оно наблюдается и у Wach'a въ Reform, I, l. c. Опредѣленно за выдѣленіе именно „Verwaltungswidrigkeiten“ Гольдшмидтъ. Вопросъ остался не рѣшеннымъ и на конгрессахъ М. С. и съѣздахъ національныхъ группъ.

57) См. особенно W. Mittermaier, Mittheil. X, 518, слѣд., особ. 525, 532, за подсудность нарушеній обыкновеннымъ судамъ Frank, Louis-Kahn, Rosenfeld въ приведен. докладахъ (Bulletin, VIII).

58) Kitzinger, 42.

наказуемыхъ дѣяній, которая должна вызывать къ себѣ особое отношеніе законодателя и нѣкоторое измѣненіе началъ общей части. Эта черта, повидимому, можетъ быть усмотрѣна только въ ничтожности совершеннаго дѣянія[59]) съ точки зрѣнія государства, независимо отъ того, будетъ ли это дѣяніе содержать элементъ возможной опасности, или же представитъ дѣйствительную опасность, но для маловажнаго интереса, или даже причинитъ ему вредъ (самовольное пользованіе чужимъ лугомъ для выпаса скота), будетъ ли оно имѣть отношеніе къ морали, или нѣтъ, затронетъ оно интересъ управленія, или какой-либо другой, охраняемый государствомъ и его нормами Такимъ образомъ слѣдуетъ признать различіе между деликтами скорѣе количественнымъ, чѣмъ качественнымъ. Именно ничтожность дѣянія не позволяетъ часто опредѣлить съ точностью интересъ[60]), который имъ затрагивается, и отношеніе къ нему субъекта не выступаетъ отчетливо ни для него, ни для другихъ, получается впечатлѣніе простого неповиновенія и отсутствія противоэтическаго элемента; поэтому также мелкіе деликты не налагаютъ пятна на личность и могутъ быть совершаемы людьми, стоящими вполнѣ на уровнѣ общественной морали. Отсюда наконецъ и блѣдность элемента порицанія въ наказаніи за такіе деликты, оно сближается съ понудительной мѣрой[61]) или даже гражданскимъ удовлетвореніемъ; и въ самомъ дѣлѣ, есть такія гражданскія правонарушенія, которыя стоятъ на границѣ преступнаго и

59) Kitzinger, 34, 36, Kahn, Bullet. VIII, 136, Mittermaier, op. c., 210 слѣд., 512—518, Rosenberg, Z. XXII, 46, XXIV, 16, Dorado-Montero, VIII, 59 (приводитъ опытъ Испаніи, гдѣ указываемое закономъ, для регуляціи подсудности, выдѣленіе нарушеній въ области управленія и полиціи вызываетъ на практикѣ постоянныя затрудненія).

60) Ср. Rosenfeld, Mittheil. VIII, 48, 49 и Frank, ibid., 37 и комментар., 608. Франкъ отсюда дѣлаетъ даже заключеніе, что нарушеніе можетъ и не быть направлено на правовое благо (интересъ), приводя, какъ примѣръ, запретъ купанія въ опасныхъ мѣстахъ, выхода съ трамвая во время движенія, гдѣ личность берется подъ защиту противъ самой себя. Ср. выше (стр. 156) его взглядъ на объектъ преступнаго дѣянія.

61) Ср. выше, стр, 122 и Liszt въ Verhandl. 26 Jur. tag., I, 274 и Mittheil. X, 529.

ближе къ нему, чѣмъ эти мелкіе деликты. Для нихъ дѣйствительно неумѣстны многія постановленія, принятыя для категоріи болѣе серіозныхъ деликтовъ, въ частности наказаніе здѣсь не можетъ имѣть спеціально-превентивнаго значенія, а элементъ возмездія, въ указанномъ здѣсь (выше стр 109) смыслѣ, почти не поддается учету. Но опредѣленіе того, какіе именно деликты зачислить въ эту категорію, можетъ исходить только отъ законодателя [62]), который однако долженъ болѣе тщательно взвѣсить сравнительное соціальное значеніе дѣяній.

---

62) Въ итогѣ такъ даже Frank, 609.

B. Элементы преступленія. Субъективная сторона его

ГЛАВА VII.

Понятіе и значеніе вины въ уголовномъ правѣ.

I. Принципъ субъективной отвѣтственности II. Общепринятое понятіе вины, его недостаточность. III. Вина, какъ преступное настроеніе 1. отношеніе вины ко всей личности преступника, 2. существованіе этой точки зрѣнія отчасти въ дѣйствующемъ правѣ и на судѣ присяжныхъ; 3. преступное настроеніе и опасное состояніе, 4. значеніе объективной стороны преступнаго дѣянія при этомъ взглядѣ на вину. IV. Преступное настроеніе и индивидуализація наказанія. V. Обоснованіе идеи вины · 1. индетерминистическое обоснованіе; 2. отрицаніе идеи вины и принципъ соціальной отвѣтственности; непріемлемость этого взгляда; 3. совмѣстимость вины съ детерминизмомъ.

Литература. Историч. данныя о принципѣ субъективной отвѣтственности, см. литерат., указан. къ ц. I главы IV, труды *Loening'a* и *Engelmann'a* (лит. къ гл. II-й), *Löffler.* Die Schuldformen des Strafrechts. 1895. *Beschütz.* Die Fahrlassigkeit (vom primitiven Strafrecht bis zur peinlichen Gerichtsordnung Karls V). 1907 (изъ Strafrechtl. Abhandl. Лилієнталя). *Фельдштейнъ.* Психологическія основы и юридическая конструкція формъ виновности въ угол. правѣ. 1903. Къ ц. II—IV: указан. *моя статья* въ Ж. М. Ю. 1916 г., февраль. *Фельдштейнъ, Löffler,* op. c. *Liepmann,* Einleitung и въ Z., XIV, 446. *Kohlrausch.* Irrtum und Schuldbegriff. 1903. *W. Mittermaier.* Kritische Beitrage zur Lehre von der Strafrechtsschuld 1909. *M. E. Mayer.* Die schuldhafte Handlung. 1901. *Hold von Ferneck.* Die Idee der Schuld 1911. *Beling.* Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf. 1910. *Bierling.* Juristische Prinzipienlehre. III. *Miřička.* Die Formen der Strafschuld. 1903. *Frank* Ueber den Aufbau des Schuldbegriffes (Giessener Festschrift. 1907). *Tesař.* Die symptomatische Bedeutung des Verbrecherischen Verhaltens. 1907.

Статьи *M. E. Mayer'a, Tesař'a,* графа *Dohna, Hold von Ferneck'a van Calker'a, Rosenfeld'a* въ Z. 32. *Kohlrausch* и *Liszt* въ Reform, I. *C. Schmitt* Ueber Schuld und Schuldarten. 1910 *Sturm.* Die Schuldarten. 1910.

Goldschmidt. Der Notstand, ein Schuldproblem. 1913. *Radbruch.* Ueber den Schuldbegriff. Z. XXIV, 333. *Kollmann.* Der symptomatische Verbrechensbegriff. Z. XXVIII, 449. *Oetker* и *Finger* въ GS. 72. *Van Calker,* V. D. III, 173. *Rosenfeld,* ibid. 93. *Grispigni.* La odierna scienza criminale in Italia, 1909.

Къ п. V. *Таганцевъ,* I. *Фойницкій.* Ученіе о наказаніи. *Tarde.* Philosophie pénale. *Merkel.* Rechtliche Verantwortlichkeit и въ рецензіи на курсъ *Гельшнера* (GS. Abh., II, 873 и 429). *Merkel-Liepmann,* § 24, 25; *Liepmann.* Einleitung, *Binding.* Normen, II.—*Hippel.* Willensfreiheit und Strafrecht. 1903. *Liszt.* Aufsatze. *Lilienthal* въ V. D. V, 1. *Alimena.* I limiti e i modificatori dell'imputabilità, 1894. *Manzini.* Dell'imputabilità e della responsabilità. 1903. *Grispigni.* Il nuovo dirit. crim *Prins.* La defense sociale et la transformation du droit pénal. 1910. *Hamon.* Déterminisme et responsabilité. 1898. (есть русск. перев.). *Proal.* Le crime et la peine. *Ferri, Garofalo, Вульфертъ, Дриль* (см. выше, 29); *Фельдштейнъ* op. cit.; *Кисилевъ.* Психологическое основаніе уголовной отвѣтственности. 1903. *Пусторослевъ.* Преступность, виновность и вмѣняемость. Ж. М. Ю. 1907. №№ 4—5. *Штильманъ.* Критика трехъ основныхъ вопросовъ угол. права. Ж. М. Ю. 1904. №№ 1—2. *Чубинскій.* Мотивъ преступной дѣятельности. 1900. *Cuche* въ Rev. pénit., 1907 г., 940. *Träger.* Wille, Determinismus, Strafe 1895. *Gretener.* Die Zurechnungsfahigkeit als Gesetzgebungsfrage. 1897. *Kohlrausch* въ статьѣ, указ. на стр. 149, прим. 78. *Rohland.* Die Willensfreiheit und ihre Gegner. 1905, также Sociolog. Strafrechtslehre. *Vargha.* Die Abschaffung der Strafknechtschaft. 1896/7.

Далѣе въ *Krit Beiträge—Birkmeyer, Allfeld, Gretener, R. Schmidt* (выше, стр. 35). *Bar.* Gesetz und Schuld., II, Курсы *Manzini,* II и *Florian,* I, *Alimena,* (Principii), I; *Garraud,* Traité, I, *Vidal, Liszt, Finger, Stoos* и др. Изъ неюридич. работъ: *Виндельбандъ.* О свободѣ воли (перев. съ нѣмец.). 1905. *Лосскій* Основныя ученія психологіи съ точки зрѣнія волюнтаризма. *Bergsohn.* Essai sur les données immediates de la conscience. 1909 (7-е изд.). *Wundt.* Grundriss der Psychologie. 1896.

I. Въ настоящее время какъ законодательствами культурныхъ народовъ, такъ и громаднымъ большинствомъ ученыхъ твердо усвоенъ принципъ—„наказаніе только при наличности вины", представляющій результатъ многовѣковаго развитія уголовнаго права (принципъ субъективной отвѣтственности). Незначительные слѣды объективной отвѣтственности, сохранившіеся мѣстами и донынѣ въ дѣйствующемъ правѣ, устраняются новѣйшими проектами (см. ниже).

Въ исторіи уголовнаго права принципъ субъективной отвѣтственности долго не находилъ себѣ полнаго признанія. У народовъ низкой ступени культуры наказывалось причиненіе вреда, а психологическое отношеніе личности къ вредному результату не могло получить надлежащаго значенія Наказывался тотъ, кто былъ причиной вреда, хотя бы дѣйствіе было случайнымъ, лишеннымъ элемента вины (объективная отвѣтственность), хотя бы лицо, совершившее преступленіе, было, по современнымъ понятіямъ, невмѣняемымъ; наказывались безумные, дѣти, даже животныя. Развитію правильнаго взгляда на вину способствовали римскіе юристы, обратившіе вниманіе на волю преступника; ученіе ихъ проникло черезъ каноническое право въ законодательные памятники среднихъ вѣковъ. Итальянская средневѣковая юриспруденція также способствовала выработкѣ ученія о видахъ умысла и старалась найти признаки неосторожности [1]).

II. Несмотря на господство этого принципа вътеченіе всего прошлаго столѣтія, понятіе вины не получило достаточной разработки. Обычно ученыя изслѣдованія заняты вопросами о предположеніяхъ вины (о вмѣняемости) и о ея формахъ—умыслѣ и неосторожности, преимущественно о первомъ, родовое же понятіе вины остается безъ опредѣленія въ большинствѣ курсовъ, если не во всѣхъ [2]). Только недавно подчеркнутъ нормативный характеръ этого понятія, тогда какъ тѣ отдѣльныя работы, которыя касались вопроса о сущности вины, довольствовались установленіемъ психологическаго момента—желанія извѣстнаго фактическаго комплекса, совпадающаго съ составомъ какого-либо преступленія, или предвидѣнья его (умыселъ, см. ниже), или же возможности предвидѣнья (неосторожность). Между тѣмъ вина заключается не въ томъ, что лицо, хотя бы сознательно, что-либо совершаетъ, но въ томъ, что, совершая, сознаетъ противорѣчіе своего дѣянія нормѣ. Только въ этомъ слу-

---

1) О развитіи отдѣльныхъ моментовъ понятія вины, ея условій и формъ см. въ слѣд. главахъ. По вопросу о наказаніи животныхъ Amira, Thierstrafen und Thierprozesse. 1891. Канторовичъ. Процессы противъ животныхъ въ средн. вѣка. Evans. Criminal prosecution of animals. 1906.

2) См. объ этомъ Finger въ GS., т. 72, стр 249. Binding, Grundr., 115 и Normen, II, 102, 103 и прим. H v. Ferneck, Z. 32., стр. 258; Rosenfeld, Z., 32, стр. 487, слѣд. См ниже объ умыслѣ, тамъ же по поводу спора о томъ, къ нарушенію какой именно обязанности (этической, правовой и т. п.) должно относиться сознаніе дѣйствующаго субъекта

чаѣ личность заслуживаетъ упрека, и только въ этомъ случаѣ мыслимо правовое осужденіе, содержащееся въ наказаніи, предполагая, что нарушенная норма—правовая.

Этотъ упрекъ, вытекающій изъ несоотвѣтствія дѣянія юридической нормѣ, и составляетъ вину [3]).

III.—1. Обычно вину связываютъ съ дѣяніемъ и признаютъ его элементомъ послѣдняго или даже свойствомъ послѣдняго, говорятъ о виновномъ дѣяніи [4]). Однако эта терминологія не отличается точностью, и здѣсь именно скрывается корень часто наблюдаемаго противорѣчія между пониманіемъ вины и взглядомъ на наказаніе, какъ справедливое воздаяніе. Вина исчерпывается конкретнымъ умышленнымъ или неосторожнымъ дѣяніемъ, но въ то же время наказаніе опредѣляется въ зависимости не только отъ этого дѣянія, но и отъ другихъ моментовъ, лежащихъ внѣ его, и не одни представители новыхъ теченій въ нашей наукѣ придерживаются этого масштаба, но и тѣ, кто въ наказаніи видятъ именно возмездіе, провозглашаютъ принципъ пропорціональности строгости наказанія тяжести вины. Почти всѣ сторонники этого взгляда, даже представители ортодоксальнаго классицизма придаютъ значеніе при выборѣ конкретной мѣры наказанія смягчающимъ и увеличивающимъ вину обстоятельствамъ: напр., чистосердечному раскаянью, раскрытію соучастниковъ, крайнему невѣжеству, отсутствію средствъ къ пропитанію или упорному запирательству, степени образованія, далѣе качеству мотива, которое иногда получаетъ особенно важное значеніе. Извиняющее значеніе гнета внѣшнихъ обстоятельствъ находитъ себѣ выраженіе въ ненаказуемости преступленія при крайней необходимости. Между тѣмъ всѣ эти моменты не входятъ въ составъ

---

3) Такъ особенно Frank, 109 (ср. ниже, примѣч.), Allfeld, Einfluss d. Gesinnung, 59, Beling, Vergelt., 53 и Unschuld etc., 7 и слѣд.

4) Такъ уже Feuerbach, Lehrb (14-е изд.), § 84, Kostlin, N. Revision, 131, Binding, Norm, I с („вина есть направленная на противоправность воля дѣеспособнаго, т. е. вмѣняемаго, лица"), Birkmeyer, Studien, 86 „эту вину мы (представители классической школы) понимаемъ какъ порочное (fehlerhafte) направленіе воли на противоправное дѣйствіе". Жижиленко, Наказаніе, 191, 192. Друг. указ. см. у Тезаѓа, ор. с. См. еще M. E. Mayer, Z. 32, стр. 492, слѣд.

умышленнаго (или неосторожнаго) преступнаго дѣянія, а относятся къ характеристикѣ личности, указывая на большую или меньшую связь дѣянія съ обычными свойствами личности преступника. Часто эти моменты имѣютъ въ дѣйствующемъ правѣ и съ точки зрѣнія ученыхъ указанной группы, вліяніе на наказаніе только въ предѣлахъ минимума и максимума, опредѣленныхъ въ законѣ за данное преступленіе вообще (т. е. безъ этихъ обстоятельствъ), но рамки между этими крайними предѣлами часто велики и въ новѣйшихъ законодательствахъ становятся еще больше; наше Угол. Ул. 1903 г. можетъ служить иллюстраціей. Новѣйшіе проекты тѣмъ не менѣе придаютъ при опредѣленіи наказанія судомъ существенное значеніе моментамъ, лежащимъ внѣ дѣянія: побудительному мотиву лица, совершившаго преступленіе, цѣли, которую онъ преслѣдовалъ, соблазну, который оно представляло, личнымъ и хозяйственнымъ отношеніямъ обвиняемаго, степени его разумѣнія, поведенію послѣ дѣянія, именно. доказанному раскаянью и стремленію загладить послѣдствія, т. е. общему преступному настроенію (Gesinnung) субъекта дѣянія[5]) или даже его опасности;[6]) а одинъ изъ проектовъ и Норвежскій кодексъ 1902 г. предоставляютъ суду право въ особо легкихъ случаяхъ совсѣмъ освобождать отъ наказанія[7]). Между тѣмъ въ проектахъ проводится

---

5) § 81 D. Entw. и § 89, швейцарск проектъ (§ 49) упоминаетъ о мотивахъ, прошломъ (Vorleben) и личныхъ отношеніяхъ виновнаго.

6) Такъ австр. правит проектъ § 43. Противъ этого Birkmeyer. Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung fur die Strafzumessung. 1914. Австр. проектъ предписываетъ переходъ къ болѣе строгому роду наказанія, если дѣяніе свидѣтельствуетъ о жестокости, грубомъ своекорыстіи, безстыдствѣ, или же если это повторный рецидивъ (§ 43).

7) Эти случаи германск. проектъ (§ 83) опредѣляетъ, какъ такіе, въ которыхъ „противоправныя послѣдствія дѣянія незначительны, преступная воля субъекта невелика и по обстоятельствамъ извинительна, такъ что примѣненіе наказанія, опредѣленнаго въ законѣ, было бы несправедливой суровостью". Проектъ особо упоминаетъ о правѣ суда освобождать отъ наказанія въ „особо легкихъ случаяхъ" при покушеніи, при ошибкѣ въ правѣ, эксцессѣ обороны, уменьшенной вмѣняемости, и при рядѣ деликтовъ при всѣхъ нарушеніяхъ, клеветѣ, тѣлесныхъ поврежденіяхъ, растратѣ и т. д.; эти постановленія встрѣтили одобреніе даже такого оплота классической школы,

различіе между наказаніемъ и мѣрами защиты, и наказаніе разсматривается въ матеріалахъ, сопровождающихъ проекты, какъ справедливое возмездіе, которое должно соотвѣтствовать винѣ[8]), такимъ образомъ она охватываетъ и упомянутые моменты.

2. Но наиболѣе яркимъ доказательствомъ того, что вина при опредѣленіи ея тяжести, при выборѣ судомъ конкретной мѣры наказанія понимается не такъ, какъ при установленіи ея сущности, служитъ усиленіе наказанія, при томъ часто весьма существенное, при рецидивѣ, и это усиленіе, за рѣдкими исключеніями, не только не вызываетъ возраженій, сторонниковъ возмездія, но даже встрѣчаетъ одобреніе, какъ соотвѣтствующее большей тяжести вины при повтореніи[9]). Нѣкоторые готовы даже допустить усиленіе

какъ Wach. См. Liszt, Reform, I, 382, тамъ же указанія на другихъ. Противникомъ выступилъ Birkmeyer. Das Absehen von Strafe. 1910 (Beitrage zur Kritik d. VE). Напротивъ, Rosenfeld приводитъ въ подкрѣпленіе такого права суда сходныя постановленія норвежскаго кодекса (даже при покушеніи на дѣтоубійство, если не причинено тяжкое тѣлесное поврежденіе, при пособничествѣ къ самоубійству, не повлекшему смерти или тяжк. тѣлесн. поврежд., при насиліи противъ должностного лица, вызванномъ его непристойнымъ поведеніемъ, при ошибкѣ въ правѣ и т. д.) и англійскаго права (по дѣламъ суммарной юрисдикціи) Rosenfeld усматриваетъ въ этомъ полномочіи суда осуществленіе идеи справедливости (V. D. III, 165—169). См. по этому поводу Grispigni. Il nuovo diritto crim. Относительно ненаказуемости см. выше, стр. 143, пр. 65 и Гернетъ въ преніяхъ Петроград. съѣзда рус груп. М. С. (Ж. Уг. 1912, № 4, прилож., 28). Именно такихъ преступниковъ имѣетъ въ виду Grispigni, находя въ классификаціи преступниковъ, принятой проектами, классъ такихъ, которые не представляютъ дальнѣйшей опасности (выше, стр. 140).

8) Birkmeyer. Beitrage zur Kritik, II, 17.

9) Такъ уже Halschner, I, 550 и слѣд. и, по поводу привычной преступности, 543 („коренящаяся въ характерѣ готовность къ рѣшенію и дѣйствію, какъ добродѣтель, не уменьшаетъ, а повышаетъ заслугу согласнаго съ долгомъ нравственнаго дѣянія, точно также, какъ порокъ, она можетъ только увеличивать вину"), далѣе Berner (Theilnahme, 140, 141), Allfeld, Einfluss d. Gesinnung, 60, 61, см. еще замѣчанія R. Schmidt'a (Aufgaben, 137), Wach'a (Kriminal. Schulen, 30), Kohler'a (Vergelt. gedanke, 187) о значеніи общаго настроенія преступника для интенсивности вины; за это отчасти даже Birkmeyer (Schuld und Gefahrlichkeit, 215—217). По поводу упорства преступной воли при реци-

наказанія, близкое къ тому, котораго новеллы и проекты хотятъ достигнуть при помощи мѣръ защиты [10]). Правда, раздаются голоса въ пользу отнесенія именно къ этимъ мѣрамъ придатка въ наказаніи упорныхъ рецидивистовъ на томъ основаніи, что онъ объясняется „не дѣяніемъ, самимъ по себѣ взятымъ", а особымъ психическимъ состояніемъ преступника[11]). Но это единичные голоса и притомъ и они усматриваютъ мѣру защиты не во всѣхъ формахъ увеличенной репрессіи, а лишь въ нѣкоторыхъ, напр., французской релегаціи рецидивистовъ, но увеличеніе, состоящее въ переходѣ отъ тюрьмы къ исправительнымъ арестантскимъ отдѣленіямъ, остается наказаніемъ, а слѣдовательно и пропорціональнымъ воздаяніемъ за вину, хотя и здѣсь объясненіе то же: особое психическое состояніе преступника.

И дѣйствительно, дѣяніе само по себѣ взятое, оторванное отъ характера личности, остается кражей, убійствомъ и т п., кто бы ни совершилъ это дѣяніе, новичокъ или привычный преступникъ, сопровождалось оно раскаяньемъ, а, можетъ быть, и попыткой загладить въ нѣкоторой степени вредъ, или же, напротивъ, запирательствомъ. разгуломъ. Дѣяніе одно и то же—умышленное тайное похищеніе вещи, умышленное убійство, но люди, преступники разные Можно, конечно, сказать, что законодательства отступаютъ отъ строгаго проведенія принципа возмездія—иногда это дѣйствительно такъ (см выше, стр. 144) [12]), что ученые не вполнѣ

дивѣ Binding, Grundriss, 282, Таганцевъ, II, 1350; ср. 1326 (о порочности стремленій при многократности дѣяній); оба, впрочемъ, не сторонники возмездія. См. еще Rossi, II. 263, 264 (изд. 1863 г.), Ortolan, I, 569, 570, ср. однако № 1190—сторонники теоріи справедливости. Напротивъ, A. Merkel видитъ въ репрессіи рецидива не чистую форму наказанія (Merkel-Liepmann, 328 и слѣд. и 320, слѣд.), хотя противоположный взглядъ болѣе отвѣчалъ бы выдвинутому имъ обоснованію вины и уголовной отвѣтственности характеромъ. Ср. ниже и M. Mayer, Schuldh. Handl, 86.

10) Такъ германск. проектъ и Birkmeyer, Beitr., II, 13, 26.

11) См. Жижиленко, Наказаніе, 309, со ссылкой на Гарро и Гольцендорфа и противъ взгляда Cuche, признающаго въ релегаціи наказаніе.

12) Колебанія въ вопросѣ о сущности и цѣли наказанія наблю-

послѣдовательны или сознательно отказываются отъ крайнихъ выводовъ (такъ дѣйствительно третья школа) Тогда наказаніе не всегда содержало бы элементъ справедливой оцѣнки, и изъ разсмотрѣнныхъ или сходныхъ положеній о мѣрѣ наказанія за дѣяніе нельзя было бы сдѣлать непре, мѣнно выводъ, что вина не исчерпывается дѣяніемъ, что это понятіе шире [13]). Но, что именно это болѣе широкое пониманіе вины представляется и болѣе глубокимъ, болѣе утонченнымъ, что непослѣдовательность не въ опредѣленіи мѣры наказанія, а скорѣе корень ея въ неправильномъ взглядѣ на сущность вины, подтверждается примѣненіемъ того же пріема справедливой оцѣнки выразителями народнаго правосознанія—присяжными· не давая пощады закоренѣлому преступнику и оправдывая жертву несчастно сложившихся жизненныхъ условій, они не столько задаются вопросомъ о полезномъ дѣйствіи или о ненадобности наказанія, сколько руководствуются критеріемъ оцѣнки, не совпадающимъ съ традиціоннымъ, принятымъ въ кодексахъ: оправдывая, они часто не признаютъ заслуженнымъ данной личностью наказаніе, угрожающее за данное дѣяніе; степень правового осужденія и вины опредѣляются ими не на основаніи изолированнаго эпизода, выхваченнаго изъ жизни обвиняемаго, а при помощи углубленія въ характеръ послѣдняго. Они, правда подчасъ слишкомъ рѣзко и экстралегальнымъ путемъ, проводятъ не только индивидуализацію наказанія, но и индивидуализацію вины. И признакомъ того, что эта справедливость въ большинствѣ случаевъ и есть жизненная справедливость, а не та абстрактная оцѣнка, которая считается съ однимъ дѣяніемъ и въ то же время ищетъ коррективовъ внѣ его, служитъ глубокое удовлетвореніе и облегченіе, съ которымъ встрѣчаются эти вердикты въ обществѣ.

даются и въ указанныхъ выше проектахъ См. съ одной стороны Birkmeyer, съ другой стороны Liszt и Grispigni, op. cit.

13) Такъ, Н. Н Полянскій, соглашаясь придавать значеніе опасности, рецидиву, низменнымъ мотивамъ, объясняетъ это необходимостью компромисса цѣлей общей и спеціальной превенціи (Ж. Уг. 1912 г., № 4, прилож.—пренія на Петроград. съѣздѣ—стр. 18).

Необходимость углубленія понятія вины чувствуется и самими неоклассиками и криминалистами, близко къ нимъ стоящими, хотя они продолжаютъ относить вину къ отдѣльному дѣянію. Такъ, *Альфельдъ*[14]), съ одной стороны, понимаетъ вину, какъ причинное отношеніе воли личности къ конкретному дѣянію[15]), съ другой, признавая, что степень вины опредѣляется въ зависимости отъ мѣры, въ какой личность выразилась въ этомъ дѣяніи, находитъ нужнымъ для сужденія объ этомъ знать *вообще* поведеніе преступника (т. е. кромѣ *даннаго* случая), именно, насколько оно представляется враждебнымъ общественному и правовому строю. *Биркмейеръ*, не включая мотива, цѣли и настроенія преступника въ вину даже тамъ, гдѣ положительное право придаетъ имъ значеніе признака состава или же обстоятельства, вліяющаго на мѣру наказанія (по исключенію, прибавляетъ, вопреки очевидности, Биркмейеръ), принужденъ помѣщать эти моменты рядомъ съ виною, какъ самостоятельные для субъективнаго состава преступленій, и въ концѣ концовъ признать, что они входятъ въ понятіе вины въ болѣе широкомъ смыслѣ. Напротивъ, *Франкъ*[16]) именно на основаніи того, что эти моменты, какъ и рядъ другихъ „сопровождающихъ обстоятельствъ“ оказываютъ вліяніе на наказаніе, приходитъ къ выводу о необходимости иного опредѣленія вины, чѣмъ общепринято, и о неправильности взгляда, согласно которому вина исчерпывается умысломъ и неосторожностью. Франкъ поэтому нынѣ опредѣляетъ вину, какъ совокупность обстоятельствъ, въ силу которыхъ противоправное поведеніе становится заслуживающимъ упрека. Въ

14) Allfeld, op. cit, 60, 61.

15) По поводу этого взгляда, выдвинутаго Меркелемъ, и отступленій отъ него при оцѣнкѣ всей личности преступника, допускаемыхъ большинствомъ (ср. выше прим. 9-е), справедливыя критическія замѣчанія у Tesař, Symptomat. Bedeut., 187—197. Послѣдователенъ самъ Меркель (Liepm.-Merkel, 319, слѣд.). См. еще указанія Листа (Reform, I, 385) по поводу мнѣнія составителей герм. проекта, что настроеніе (Gesinnung) выступаетъ въ самомъ дѣяніи, Листъ полагаетъ, что это возможно лишь въ видѣ исключенія и то только тогда, когда выходятъ за предѣлы признаковъ преступнаго состава.

16) Frank, Aufbau d. Schuldbegriffs 522 и коммент, 108—110. и Birkmeyer, Stud., 86.

частности Франкъ приводитъ въ доказательство извиняющее значеніе крайней необходимости въ современномъ правѣ, хотя дѣяніе, совершенное въ этомъ состояніи, остается умышленнымъ и противоправнымъ [17]). Если нѣкоторыя другія положенія этого виднаго ученаго (отнесеніе къ элементамъ вины вмѣняемости, самихъ сопровождающихъ обстоятельствъ) и вызвали основательныя возраженія [18]), то его стремленіе привести опредѣленіе вины въ бо́льшую связь со свойствами личности несомнѣнно составляетъ крупную заслугу [19]) и, съ одной стороны, находитъ откликъ у криминалистовъ, не принадлежащихъ къ соціологическому направленію: Эткера, Фингера, съ другой стороны, сближается съ тенденціей нѣкоторыхъ сторонниковъ этого послѣдняго направленія, въ особенности Листа, установленіемъ болѣе глубокаго взгляда на вину устранить противорѣчія, вытекающія изъ соединенія цѣлей общаго предупрежденія—возмездія съ цѣлями спеціальной превенціи. (см выше, стр. 143).

Эткеръ [20]) различаетъ два понятія: 1) вину абстрактную (Schuld), т. е. психическое отношеніе субъекта къ опредѣленному составу преступленія въ формѣ умысла или неосто-

---

17) Этотъ вопросъ принадлежитъ къ спорнымъ, см. ниже главу о крайней необходимости. На возраженіе Белинга, что дѣяніе остается виновнымъ, но право его прощаетъ, Франкъ (689) отвѣчаетъ, что это прощеніе вытекаетъ именно изъ отсутствія вины, для вины Франкъ требуетъ не только умысла (или неосторожности), но и нормальной мотивації, которой нѣтъ при крайней необходимости. См. Beling Unschuld, 10, прим.

18) Главный дефектъ взгляда Франка это перенесеніе процессуальнаго понятія виновности, высказываемой въ приговорѣ, въ матеріальное право. Отвѣтъ „виновенъ“ молчаливо признаетъ и вмѣняемость субъекта и преступность“—противоправность дѣянія, но эти моменты не составляютъ вины. См. Oetker, GS, 72, стр. 161 и слѣд., Mayer въ Z. 32 стр. 509, и особенно Beling, Unschuld, 6—13, прим.; W. Mittermaier, Beitrage, 9, 35, слѣд.

19) Что Франкъ не придерживается формальнаго пониманія вины, вопреки утвержденію Листа, признаетъ и Альфельдъ (Meyer-Allfeld, 135, пр. 5).

20) Oetker, GS. LXXII, 161 и слѣд. Къ нему присоединился W. Mittermaier, op. c., 14. Ср. Beling, Unschuld, 13, пр. 1 („правильная идея, но неудачное выраженіе“).

рожности; эту вину можно было бы назвать виновностью; и 2) вину конкретную (Verschulden), которую и имѣетъ въ виду Франкъ и подъ которой Эткеръ разумѣетъ „индивидуальное осуждаемое правомъ, проявляющееся въ образованіи умышленной или неосторожной воли состояніе психики (psychishes Verhalten) въ совокупности его свойствъ, имѣющихъ значеніе для правовой оцѣнки". Оба понятія вины неразрывно связаны, но не тождественны; крупный недочетъ уголовно-правовой доктрины составляетъ, по Эткеру, неразработанность именно второго понятія вины. Съ этимъ подраздѣленіемъ совпадаетъ предложенное *Листомъ* [21]): 1) вина въ формальномъ смыслѣ есть психологическое отношеніе субъекта къ конкретному дѣянію; о наличности этого отношенія рѣшаетъ правопорядокъ, разсматривая его съ точки зрѣнія нормы; виновное дѣяніе тогда есть умышленное или неосторожное дѣяніе способнаго быть субъектомъ вины (Schuldfähigen) человѣка. 2) Заключеніе отъ симптоматическаго значенія виновнаго дѣянія къ свойствамъ (Eigenart) преступника даетъ матеріальное содержаніе понятію вины, которое заключается въ асоціальномъ настроеніи преступника, познаваемомъ изъ совершеннаго дѣянія (антисоціальнаго поведенія), т. е. въ недостаточности требуемаго жизнью въ государствѣ соціальнаго чувства долга и въ вызванной этимъ антисоціальной мотиваціи (въ поставленіи цѣлей противорѣчащихъ цѣлямъ общенія) [22]). По *Фингеру*, „сужденіе о винѣ оцѣниваетъ не только дѣяніе, кладя въ основу оцѣнки значеніе предписанія, которому оно противорѣчитъ, но и отдѣльные опредѣляющіе дѣяніе элементы", *„рядъ генетическихъ моментовъ, изъ которыхъ возникло дѣяніе"*... [23]).

Далѣе, рядъ другихъ криминалистовъ [24]), одни уже de lege lata, другіе только съ точки зрѣнія теоретической воз-

---

21) Lehrb., § 36 (изд. 1914 г.). Contra M. Mayer, Z. 22, стр. 507, 508.

22) Въ этомъ отношеніи (цѣлей) Листъ принимаетъ формулу C. Schmitt'a, op. c. § 4; сходно еще раньше van-Calker, V. D III, 185.

23) Finger въ GS., LXXII, 255.

24) Такъ, кромѣ приведенныхъ выше и въ прим. 8-мъ, Bar, II, § 233, при конструкціи неосторожной вины; иначе однако § 171 по поводу dolus eventualis; см. также ниже, здѣсь (главы VIII и IX); да-

можности, при обновленіи въ будущемъ уголовнаго законодательства, говорятъ о винѣ характера или объ отягченіи вины тѣсной связью отдѣльнаго волевого акта—дѣянія—съ характеромъ и о смягченіи вины въ случаяхъ внѣшнихъ сильныхъ вліяній на психику дѣйствующаго субъекта: „характеръ налагаетъ бремя вины, мотивъ его снимаетъ", по выраженію Макса Майера; говорятъ, и при томъ на почвѣ теоріи возмездія-порицанія, о вліяніи на отвѣтственность, безчестныхъ побужденій, антисоціальныхъ мотивовъ, настроенія преступника, какъ индивидуальнаго предрасположенія воли, какъ относительно-устойчиваго направленія ея, даннаго въ опредѣленной области ея проявленія (ванъ-Калькеръ).

3. Такимъ образомъ въ настоящее время и въ законодательныхъ проектахъ, и въ практикѣ, и въ наукѣ ясно обнаруживается тенденція уменьшить вліяніе на уголовную отвѣтственность отдѣльнаго дѣянія и заключающееся въ наказаніи осужденіе-порицаніе относить въ большей мѣрѣ къ источнику дѣянія, къ свойствамъ личности преступника [25]), къ особому состоянію его психики, которое въ преступномъ дѣяніи находитъ неполное выраженіе [26]), и, такъ какъ вина есть то, что составляетъ объектъ отрицательной оцѣнки [27]), вина личности должна заключаться не только въ томъ, что отъ нея исходитъ данный волевой актъ, что ею совершено данное преступное дѣяніе [28]), но и въ томъ и даже глав-

---

лѣе Liepmann, Einleit., 119 и слѣд., M. Mayer, Schuldh. Handl, 188 и слѣд.; Thyren, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1890 г., II, 55; van-Calker, V. D. III, 176; Freudenthal, ibid. 275.

25) Какъ выразился профес. въ Нанси Gauckler въ докладѣ для Петроград. конгресса M. C. (Bullet., X, 432): „il faut condamner le delinquant pour ce qu' il est d'après ce qu' il a fait".

26) „Мгновенье дѣянія обнаруживаетъ всю полноту вины, которая отчасти принадлежитъ уже прошлому". (Finger, op. c., 257).

27) См. особ. Carl Schmitt, op cit., 23, Lipps, M. Crim. psych. III, 300; далѣе W. Mittermaier, op. c., 31.

28) Что понятіе вины должно быть опредѣлено прежде, чѣмъ говорить о виновномъ дѣяніи, правильно указываетъ C. Schmitt, 29; тамъ же (28), что „вина есть нѣчто внутренне-субъективное, это можетъ быть или состояніе, или отдѣльный (психическій) актъ (Vorgang), прибавляетъ C. Schmitt, и рѣшаетъ вопросъ во второмъ смыслѣ для

нымъ образомъ въ томъ, что въ ея характерѣ есть неудовлетворительныя съ точки зрѣнія правопорядка свойства, которымъ это дѣяніе въ большей или меньшей степени обязано своимъ возникновеніемъ и которыя въ своей совокупности могутъ быть названы *преступнымъ настроеніемъ*[29]). Преступное настроеніе, которое не должно быть непремѣнно длительнымъ психическимъ состояніемъ, но можетъ быть и преходящимъ психическимъ процессомъ, и составляетъ содержаніе вины.

Такимъ образомъ преступное настроеніе не совпадаетъ съ „опаснымъ состояніемъ", „характеромъ"[30]), „личнымъ

дѣйствующаго *нынѣ* права (29, 37), см. однако 42 и 47· „хотя lex lata придаетъ значеніе отдѣльному дѣянію, но фактически отвѣчаютъ за характеръ, ибо operari sequitur esse". Любопытно, что именно Биндингъ высказалъ положеніе: „поэтому наказываютъ не преступленіе, но преступника наши дѣянія только ключъ къ нашей сущности". Ср. Н С Таганцевъ, II, 942. караютъ не самую личность съ присущими ей свойствами, но „дѣяніе съ выразившеюся въ немъ (едва ли точно, см выше, прим 15) личностью" См. еще Набоковъ, Право, 1914, № 51, стр. 3538 Вину опредѣлялъ Bekker (Theorie d. heutig. Strafrechts, I, 236 и слѣд), какъ внутреннее духовное движеніе; нынѣ Beling (Lehre v. Verbr, 80) „вина психическій (seelisch) моментъ, изъ-за котораго дѣлаютъ отвѣтственнымъ чье-либо противоправное поведеніе". На это справедливо обращаетъ вниманіе Schmitt, 29.

29) „Правовоззрѣніе высшихъ ступеней культуры признаетъ, что значеніе противнаго нормѣ поведенія для общества обосновывается не только цѣнностью нарушеннаго интереса, но въ то же время и цѣнностью содержанія воли, изъ котораго возникло это нарушеніе. Оба момента сливаются въ одно цѣлое въ принципѣ оцѣнки (Beurteilungsprinzip), который одинъ только соотвѣтствуетъ нашему нынѣшнему правовому взгляду, идеѣ вины", говоритъ van-Calker (V. D. III, 185). См еще Rosenfeld, Z. 32, стр 471., ср. Люблинскій, Юр. В., 1914, кн. VII—VIII, 28—32 (оттиска).

30) Ср. выше опредѣленіе настроенія у ванъ-Калькера; „отношеніе настроенія къ характеру, говоритъ онъ дальше (op. cit, 176), можетъ быть обрисовано такъ: характеръ обнимаетъ душевныя свойства индивида въ ихъ совокупности, настроеніе есть выраженіе этихъ свойствъ въ опредѣленной, больше или меньше отграниченной области внѣшняго проявленія воли". „Въ настроеніи рѣшительно выступаютъ на первый планъ тѣ элементы характера, которые доступны вліянію нормъ этики и права", тогда какъ основы характера, въ ихъ сокровенныхъ глубинахъ врождены человѣку (стр. 188). Большое значеніе придаютъ связи дѣянія съ *характеромъ* M. Mayer, Thyren и Lier-

состояніемъ преступности“ [31]; оно, далѣе, не тождественно и съ антисоціальнымъ или асоціальнымъ настроеніемъ и не должно вызывать возраженій, которыя часто встрѣчаются въ уголовно-юридической литературѣ и основаны на смѣшеніи этихъ понятій [32]). Таковы возраженія, что, если наказаніе основывается на характерѣ личности преступника или на его настроеніи, то преступники эпизодическіе или же вообще не представляющіе дальнѣйшей опасности для общества не должны подвергаться наказанію, что незачѣмъ ожидать преступнаго дѣянія для примѣненія репрессіи, что послѣдней подлежали бы тогда и душевно-больные, что различіе составовъ отдѣльныхъ преступленій утратило бы всякій смыслъ [33]). Воръ, на котораго свалился выигрышъ

---

mann для оцѣнки вины (выше, прим. 24), но послѣдняя опредѣляется ими какъ элементъ отдѣльнаго дѣянія (см. особенно статью Mayer'a въ Z. 32, стр. 494).

31) Покойнымъ проф. И. Я. Фойницкимъ (Ученіе о наказ., 40 и слѣд.) было намѣчено ученіе о личномъ состояніи преступности, какъ объектѣ карательной дѣятельности государства. Это совокупность личныхъ условій, лежащихъ въ особомъ складѣ волевой дѣятельности. Въ зависимости отъ особенностей этого состоянія, должны выбираться мѣры борьбы съ преступностью. Здѣсь такимъ образомъ выдвигается идея спеціальнаго предупрежденія; элементъ порицанія въ наказаніи у проф. Фойницкаго (50) не играетъ роли, и „личное состояніе преступности“ не служитъ основаніемъ справедливой оцѣнки и ничего общаго съ виною не имѣетъ. Отношеніе этого состоянія къ преступному дѣянію и значеніе послѣдняго для наказанія остаются невыясненными и дали поводъ къ серіознымъ возраженіямъ (Таганцевъ, II, 924). У проф Пусторослева (180—184) „личное состояніе преступности“, какъ „особенно недоброкачественное и особенно предосудительное личное духовное состояніе“, служитъ, повидимому, критеріемъ, которымъ должно пользоваться государство, при криминализаціи, при выборѣ подлежащихъ наказанію, правонарушеній: наказуемымъ должно быть правонарушеніе, въ которомъ проявляется личное состояніе преступности. Ср. Ж. М. Ю. 1907 г. № 4 и 5, особ. стр. 170—175 (намекъ на симптоматическое значеніе преступнаго дѣянія, ср. впрочемъ, выводы на 157 и 158 стр.).

32) Такъ особенно Birkmeyer, Studien, 86, и вообще авторы Krit. Beitrage (выше стр. 35, 21-е прим.; напр. Kohler, Vergelt, 189; Beling, Vergelt 106). О неопредѣленности термина „Gesinnung“, подъ которымъ разумѣютъ еще и побудительные мотивы, van-Calker, op. c., 176.

33) Такъ уже Merkel, Ges. Abh., II, 705, Birkmeyer, op. c., passim; Beling, op. c. § 8; Liepmann, Z. 28, стр. 12—13.

двухсотъ тысячъ, мать, убившая внѣбрачнаго ребенка и затѣмъ вышедшая замужъ за соблазнителя, привычный буянъ и насильникъ, потерявшій ногу при послѣднемъ подвигѣ,—эти и другіе примѣры приводились въ литературѣ не разъ, какъ доказательство необходимости карать именно за дѣяніе, независимо отъ того, что представляетъ собою личность преступника и угрожаетъ ли послѣдній новыми преступленіями. Но, если и согласиться съ тѣмъ, что въ такихъ случаяхъ совершенно исключается эта опасность[34]), то это возраженіе непримѣнимо къ защищаемому здѣсь взгляду: отвѣтственность такихъ преступниковъ сохраняется именно потому, что преступное настроеніе не есть непремѣнно хроническое состояніе и не охватываетъ всего характера личности: у эпизодическихъ преступниковъ оно не имѣетъ глубокихъ корней въ послѣднемъ и заключается въ недостаточной устойчивости характера, въ общемъ удовлетворяющаго правовымъ требованіямъ, въ недостаточной сопротивляемости соблазнамъ и другимъ сильнымъ внѣшнимъ возбудителямъ. Можетъ быть, данное дѣяніе есть продуктъ преходящаго психическаго процесса, но и для возникновенія его въ характерѣ личности должна быть извѣстная основа[35]).

Тамъ, гдѣ преступное настроеніе пустило глубокіе корни, оно представляетъ въ то же время и опасное состояніе личности[36]), которое однако имѣетъ спеціальныя черты, за-

---

34) Ср. выше, стр. 143, пр. 65, мнѣніе Joly и классификацію Grispigni (выше, стр. 140) Mittermaier (V. D. III, 329) полагаетъ, что опасность личности можетъ представлять и минутное состояніе (momentaner Zustand).

35) Ср. M. Mayer, Schuldh. Handl., 195· всякое дѣяніе даже ничтожное есть итогъ (Fazit) развитія личности, хотя бы оно заслонялось (внѣшними) мотивами, которые кажутся объясняющими дѣяніе. Такъ еще раньше Berner (ibid.). Справедливость этого мнѣнія подтверждается тѣмъ, что не всѣ, находясь подъ давленіемъ такихъ же и столь же сильныхъ мотивовъ, совершаютъ преступленіе. Но послѣднее въ такомъ случаѣ все-же „лишь *несовершенное* отраженіе свойственнаго дѣйствующему субъекту общаго чувствованія (Gesamtempfindens), его постоянныхъ массъ апперцепціи“ (Liepmann, 123).

36) Отсюда возможность въ опасности привычныхъ рецидивистовъ видѣть болѣе тяжкую вину (такъ Набоковъ, Ж. Уг. 1912, № 3 стр. 29, 30;

ключающіяся въ томъ, что эта опасность вытекаетъ изъ испорченности субъекта, а не изъ патологическаго состоянія психики, и поэтому можетъ вызывать осужденіе со стороны правопорядка, тогда какъ оно неумѣстно и лишено смысла въ отношеніи опаснаго состоянія стихійнаго происхожденія. Такимъ образомъ опасное состояніе закоренѣлаго преступника остается преступнымъ настроеніемъ [37]). Что касается взаимоотношенія преступнаго настроенія и антисоціальнаго, то второе можетъ существовать независимо отъ перваго, таково, напримѣръ, психическое состояніе мизантропа, отшельника, выражающееся въ соотвѣтствующихъ антисоціальныхъ или асоціальныхъ поступкахъ; въ свою очередь, первое можетъ и не быть асоціальнымъ [38]). Но при совпаденіи обоихъ моментовъ: антисоціальности и преступности, настроеніе способно вызывать болѣе рѣзкое осужденіе и представляетъ

Исаевъ, ibid., № 4, прил., 36; Ширяевъ, ibid., 1913, № 1, прил., 61; графъ Gleichspach въ Oester. Z. f. Strafrecht, 1911, стр. 33, см. такъ же выше, здѣсь, пр. 8). Но нельзя идти дальше и отождествлять вину съ „опаснымъ состояніемъ личности" (такъ Lilienthal, Grundriss, 54), уже потому, что не всякое проявленіе вины свидѣтельствуетъ объ опасности (выше, стр 193); исходя изъ „опаснаго состоянія", какъ основанія репрессіи, послѣдовательно совсѣмъ не считаться съ виною и съ элементомъ порицанія—возмездія въ наказаніи (Ferri, Garofalo, Prins, Florian, Trattato, I, 297). Вина получаетъ значеніе „опаснаго состоянія" у С. В. Познышева, хотя онъ и противъ этого послѣдняго; вина у него „показатель свойствъ личности, болѣе или менѣе угрожающихъ повторною преступной дѣятельностью; во взглядѣ на вину необходимо окончательно отрѣшиться отъ всякихъ слѣдовъ принципа возмездія и смотрѣть на наказаніе, только, какъ на особую предупредительную мѣру" (Осн. нач., 268). У Кольрауша (Irrtum und Schuldbegriff, 35) „вина и опасность образуютъ двѣ параллельныхъ, но направленныхъ въ противоположныя стороны линіи". По поводу взгляда Кольрауша см. C. Schmidt, 41. У Tesař'a (op. cit. кн. IV) вина заключается въ психическомъ дефектѣ, въ ненормальности въ области чувствованія (199, 214), въ дефектѣ ассоціаціи представленій (217), что еще не означаетъ однако невмѣняемости (227)

37) Ср. M. Mayer, op c., 191.

38) См. Rohland, Sociolog. Strafrechtslehre, 55, 67, 98; Beling, Unschuld, 12, пр. 1. Какъ антисоціальное состояніе воли понимаетъ вину Kollmann, Z. 28, стр. 463. Асоціальное настроеніе, по Листу, характеризуетъ и неосторожную вину, см. по этому поводу ниже и (contra) Birkmeyer, Studien, 37, 106; Frank, 108.

болѣе тяжелую вину. Напротивъ, соціальность настроенія, выражающаяся въ соціальныхъ мотивахъ поведенія, влечетъ и нынѣ и еще въ большей степени должна влечь въ будущемъ менѣе суровую оцѣнку со стороны правопорядка [39]). Именно здѣсь пріобрѣтаетъ значеніе соотношеніе между цѣлями личности и цѣлями правопорядка: составы отдѣльныхъ преступленій создаются законодателемъ на основаніи соображеній объ общемъ, типичномъ значеніи ихъ для цѣлей общежитія, и оцѣнка дѣяній основана на томъ же, и обычно эти дѣянія служатъ показателемъ и антисоціальнаго настроенія личности; но, когда въ отдѣльныхъ случаяхъ эти соображенія не подтверждаются, значеніе состава преступнаго дѣянія стушевывается, а на первый планъ выступаетъ качество настроенія; если преступность его и его проявленія—конкретнаго волевого акта—дѣянія тѣмъ не менѣе сохраняется, то лишь поскольку государство можетъ относиться отрицательно къ этому акту и при отсутствіи антисоціальности побужденій, или же, вѣрнѣе, при томъ остаткѣ антисоціальности, который государство усматриваетъ въ этомъ актѣ, расходясь въ его оцѣнкѣ съ тѣми или другими взглядами въ обществѣ, которые могутъ быть различны. Такъ, вопросъ о выдачѣ врачебной тайны даже для научнаго изслѣдованія можетъ быть рѣшаемъ закономъ въ смыслѣ антисоціальности дѣянія, если интересъ сохраненія тайны оцѣнивается, какъ болѣе важный, чѣмъ интересъ нѣкотораго освѣщенія мало изслѣдованной болѣзни. Но упомянутая цѣль, будучи причиной преступнаго дѣянія даетъ, совершенно иное показаніе о личныхъ свойствахъ, чѣмъ цѣль извлеченія выгоды изъ этой тайны или цѣль увеселенія знакомыхъ [40]), когда асоціальность мотива внѣ спора.

39) Къ тому же преступное настроеніе имѣетъ въ такихъ случаяхъ обыкновенно преходящій, мимолетный характеръ: вина слабѣе и качественно, и количественно

40) Ср. Halschner, I, 528, 529, 534; van-Calker, V. D. III, 188 и 186; M. Mayer, Schuldh Handlung глава VI; Liepmann, 119, слѣд. Тамъ же о значеніи мотива для распознанія настроенія (ванъ-Калькеръ) или характера. *Подъ мотивомъ слѣдуетъ понимать* вмѣстѣ съ Майеромъ (43) *представленіе, которое воздѣйствуетъ на волю* (черезъ посредство вліянія представленія собственно на область чувствованія, см. Mayer, 46 и приводимыя имъ цитаты изъ Вундта и Риля). О различныхъ опре-

4. Изложеннымъ опредѣляется и та роль, которая принадлежитъ преступному дѣянію въ дѣлѣ уголовной репрессіи. Въ то время какъ для констатированья „опаснаго состоянія“ или антисоціальнаго настроенія, въ особенности же для опасности патологическаго происхожденія, преступное дѣяніе не необходимо и не составляетъ ихъ единственнаго симптома, а, если и разсматривается, какъ необходимое условіе репрессіи въ формѣ ли наказанія, или же мѣръ защиты, то лишь для огражденія личности отъ произвола, по принципу—nulla poena sine lege[41]); для квалификаціи настроенія, какъ преступнаго, преступность дѣянія неизбѣжное требованіе: только несоотвѣтствіе настроенія опредѣленнымъ правовымъ требованіямъ, съ нарушеніемъ которыхъ связано правовое осужденіе въ специфической формѣ наказанія, допускаетъ заключеніе о наличности у субъекта преступнаго, а не только антисоціальнаго или аморальнаго душевнаго состоянія. Не всякое презрѣніе къ чужой жизни или къ человѣку вообще, не всякая жадность или распущенность, или эгоизмъ, или акты ихъ проявленія вызываютъ осужденіе со стороны правопорядка, а тѣ, которые выдѣлены правомъ и описаны въ диспозитивной части уголовнаго закона. Только такое настроеніе, проявленія котораго соотвѣт-

---

дѣленіяхъ мотива см. у проф. Чубинскаго, Мотивъ преступ. дѣят., 1—38; тамъ же сходныя съ принимаемымъ здѣсь опредѣленія Rigaud, Ferri, Kraus'a и др. Сходно и только полнѣе опредѣленіе самого Чубинскаго: „для уголовнаго права мотивъ есть внутренняя сила, которая, порождая волевой процессъ, движетъ индивидомъ въ его сознательной дѣятельности и приводитъ при содѣйствіи всей его психики къ совершенію преступнаго дѣянія“. Но не слѣдуетъ смѣшивать мотива съ характеромъ или же съ настроеніемъ. Такъ и Чубинскій l. c. Смѣшеніе наблюдается у Saleilles, Individualisat, 223. Thyren, Abhandl. II, 55, различаетъ мотивы случайные, вытекающіе изъ особенно сильнаго лежащаго внѣ субъекта побужденія, и характерные, постоянно присущіе личности и проявляющіе свое дѣйствіе при ничтожномъ внѣшнемъ поводѣ. Неопредѣленно Liszt, Aufsatze, II, 181, 183, 187 и 188 (классы IV и VIII); въ учебникѣ (127): „мотивъ—сопровождаемое чувствомъ удовольствія представленіе о результатѣ дѣянія“.

41) См. напр. Grispigni, Il nuovo diritto crim., 103; Liszt, Aufsatze, II, 80, 81, когда онъ занималъ болѣе крайнюю позицію и отвергалъ вину и возмездіе (86).

ствуютъ этимъ типамъ, этимъ составамъ, можетъ быть названо преступнымъ. Съ другой стороны, до внѣшняго проявленія преступнаго настроенія, оно и трудно уловимо, и недостаточно интенсивно, чтобы право должно было удѣлять ему свое вниманіе· въ задачи государства не входитъ переработка духовныхъ чертъ личности, борьба съ настроеніями, ни въ чемъ не проявившимися; такая задача была бы невыполнима при помощи принужденія; только *дѣйствія*, вытекающія изъ настроенія и приходящія въ соприкосновеніе съ правоохраненными интересами, вызываютъ правовую оцѣнку и соотвѣтствующее послѣдней противодѣйствіе. Положеніе „cogitationis poenam nemo patitur", „помыслы не подлежатъ карѣ", остается примѣнимымъ mutatis mutandis и къ винѣ, понимаемой, какъ преступное настроеніе. Сохраняетъ значеніе и особенная часть уголовнаго права съ ея различными составами преступныхъ дѣяній. Какъ выше указано, эти составы необходимы, какъ мѣрило для сравненія проявленій психики дѣйствующаго субъекта съ правовыми требованіями[42]), для опредѣленія ихъ несоотвѣтствія съ послѣдними: такъ, напримѣръ, для признанія настроенія преступнымъ недостаточно любой имущественной недобросовѣстности, а нужно, чтобы оно проявилось или въ похищеніи чужого имущества, или присвоеніи, или въ сокрытіи актива и объявленіи себя неплатежеспособнымъ и т. п; иначе мы пришли бы къ правовому осужденію просто антисоціальнаго или аморальнаго поведенія. Но многіе подвиды преступленій, различные квалифицирующіе дѣяніе моменты, загромождающіе многіе изъ современныхъ кодексовъ, представляются излишними, какъ не опредѣляющіе ни качества, ни интенсивности преступнаго настроенія; освобожденіе отъ нихъ и упрощеніе особенной части признается учеными различныхъ лагерей настоятельно необходимымъ[43]). И въ этомъ отношеніи пониманіе вины, какъ преступнаго настроенія, должно принести суще-

---

42) Ср. C. Schmitt, 31.

43) См., напр. Liszt, Aufsatze, II, 87; Aschrott, Z. 32, стр. 146 Thyren, Principien, 125 и даже Wach, V. D. VI, 51, 37—46; ср. Hoegel. Eintheil d. Verbrecher in Klassen, стр. 50, слѣд.

ственную пользу: при сохраненіи за преступнымъ дѣяніемъ его значенія, этотъ взглядъ переноситъ центръ тяжести въ опредѣленіи степени вины на отношеніе даннаго эпизода къ общимъ свойствамъ личности преступника Такимъ образомъ открывается болѣе широкая область для осуществленія задачъ спеціальнаго предупрежденія, и въ то же время наказаніе остается справедливымъ воздаяніемъ за вину [44]). Различіе наказаній за разные составы преступленій при этомъ также не приносится въ жертву, но должно получить иное значеніе. Способъ дѣйствія и важность объекта посягательства даютъ основанія для оцѣнки преступнаго настроенія; но только при остальныхъ равныхъ условіяхъ. Чѣмъ выше благо по оцѣнкѣ даннаго правопорядка, тѣмъ больше препятствій встрѣтитъ обыкновенно преступникъ въ своей психикѣ къ осуществленію своего дѣянія [45]), тѣмъ внутренній разладъ долженъ быть больше; чѣмъ отклоненіе отъ правомѣрной основы характера дальше, тѣмъ она менѣе устойчива, и вина тяжелѣе. Но при различной степени связи дѣянія съ характеромъ личности въ двухъ или нѣсколькихъ сравниваемыхъ случаяхъ, при различной глубинѣ преступнаго настроенія, объективной сторонѣ дѣянія не слѣдовало бы придавать значенія, приписываемаго ей традиціей классической школы. Кража, подлогъ, сексуальное преступленіе, убійство при одинаковомъ каждый разъ составѣ—объективномъ и субъективномъ (умыслѣ)—должны вести къ совершенно разной оцѣнкѣ вины, смотря по тому, къ какому классу пре-

---

44) Такъ V. Calker, 186, M. Mayer, 198. Liszt уже въ 8-мъ изд. Lehrb. (1897): „Въ углубленіи понятія вины заключается примиреніе противоположностей". Впрочемъ своей попыткѣ въ этомъ направленіи онъ не придаетъ рѣшающаго значенія и говоритъ, что въ его общихъ научныхъ взглядахъ она не составляетъ существеннаго элемента (стр. 80, пр. 15 и 81). Ср. еще Oetker, GS. 70, стр 356, пр. 1 съ увеличеніемъ вины увеличивается и потребность въ исправленіи или устрашеніи. Далѣе Dohna въ M. Crm psych., III, 531.

45) Сходно Beling, Vergelt., 64 и слѣд. C. Schmitt (73), при большей цѣнности объекта, находитъ бо́льшее разногласіе между государственнымъ и индивидуальнымъ поставленіемъ цѣлей. Противъ Beling'a Oetker, GS. 78, стр. 97.

ступниковъ принадлежитъ виновный[45]): убійство, учиненное профессіональнымъ преступникомъ (вспомнимъ Малышева, убивавшаго въ поѣздахъ богатыхъ пассажировъ), являетъ болѣе тяжкую вину сравнительно съ умерщвленіемъ плода или кражей, совершенными преступникомъ такой же категоріи; точно такъ же вина убившаго изъ ревности выше, чѣмъ вина врача, произведшаго абортъ дѣвушкѣ, чтобы спасти ее отъ позора и т. д; но, если дѣяніе болѣе важное по цѣнности блага совершено преступникомъ эпизодическимъ, у котораго преступное настроеніе исчерпано даннымъ случаемъ, а менѣе важное—привычнымъ или даже закоренѣлымъ, то большее упорство преступнаго настроенія второго компенсируетъ и, можетъ быть, съ лихвой[47]) тотъ минусъ вины, который вытекаетъ изъ меньшаго объективнаго значенія его дѣянія[48]) Конечно, рѣчь идетъ не о компенсированіи въ математическомъ смыслѣ, не о точныхъ формулахъ: ихъ не существуетъ ни для традиціоннаго масштаба оцѣнки, ни для измѣренія „опаснаго состоянія" модернистовъ; въ этомъ отношеніи правы какъ сторонники новѣйшихъ теченій въ нашей наукѣ, упрекая теорію возмездія въ невозможности найти мѣру наказанія, вполнѣ соотвѣтствующую степени вины, или теорію общаго предупрежденія въ отсутствіи точнаго пріема расцѣнки благъ и установленія каръ, способныхъ удержать отъ преступленія, такъ и сторонники классическихъ завѣтовъ, указывая на шаткость прогноза о степени опасности преступника въ судебномъ приговорѣ и неопредѣленность момента,

---

46) „Сдѣлавшаяся постоянной борьба съ правопорядкомъ и случайное отклоненіе отъ него суть рѣзкія противоположности въ субъективной винѣ", говоритъ Liszt, l. c.

47) См. аналогію, проводимую Финдеромъ (G. S. 72, стр. 256): „когда исполненіе долга стало добродѣтелью, цѣнность отдѣльнаго согласнаго съ долгомъ дѣянія меньше, но вся личность стоитъ выше".

48) Уже современныя законодательства наказываютъ иногда значительно строже посягательства на менѣе важный объектъ, чѣмъ на болѣе важный, считаясь съ личностью преступника, при томъ независимо отъ рецидива; такъ, по Улож. о нак., убійство можетъ вызвать лишеніе свободы на меньшій срокъ, чѣмъ кража лошади (1455 ст. ч. 2 и 1654[1] по Прод. 1912 г).

когда цѣль наказанія можетъ быть признана достигнутой и опасность—прекратившейся. Несовершенство масштаба неустранимо, но можетъ быть уменьшено: традиціонная мѣрка слишкомъ мало считается съ глубиной и упорствомъ преступнаго настроенія, а также съ качествомъ его съ точки зрѣнія не правовой, а этико-соціальной оцѣнки, качествомъ, находящимъ внѣшнее выраженіе въ побудительномъ мотивѣ дѣянія или въ цѣли, имъ преслѣдуемой, новѣйшая точка зрѣнія подчасъ упускаетъ объективное значеніе дѣянія, обыкновенно, впрочемъ, уклоняясь отъ крайнихъ выводовъ. Критерій опасности и исключительное вниманіе къ цѣлямъ частной, спеціальной превенціи приводитъ къ пожизненному заключенію карманнаго вора, многократнаго рецидивиста, и къ ненаказуемости аборта, а можетъ быть и убійства, если нѣтъ никакихъ основаній ожидать повторенія; критерій вины, въ еще господствующемъ въ теоріи пониманіи ея, приводитъ къ долгосрочному наказанію преступниковъ послѣдней категоріи лишеніемъ свободы въ болѣе тяжкихъ ея формахъ (каторгой, исправит. арестантск отдѣленіями) и къ сравнительно кратковременному заключенію рецидивиста или лица съ задатками длительнаго преступнаго настроенія (альфонса, сводни). Исходя изъ болѣе глубокаго взгляда на вину, мы не должны и даже не можемъ принять такихъ положеній, или же избѣгать ихъ цѣною непослѣдовательности или при помощи искусственнаго разграниченія наказанія и мѣръ защиты

IV. Классификація преступниковъ, необходимость которой выдвинута самою жизнью и съ которой принуждены считаться и законодательства, и пенитенціарная практика, выступаетъ тогда въ иномъ освѣщеніи, пріемлемомъ и для криминалистовъ, готовыхъ иногда въ ней видѣть отрицаніе основъ уголовнаго права[49]). Преступное настроеніе допускаетъ градаціи и приводитъ къ разграниченію слѣдующихъ классовъ преступниковъ:

1) со *скоро преходящимъ* или мимолетнымъ преступнымъ настроеніемъ (сюда подойдутъ преступники по случайному

---

49) Разграниченіе эпизодическ. и хронич. преступности по различію *вины* поддерживается M. Mayer'омъ и van-Calker'омъ l. c

неблагопріятному гнету обстоятельствъ и по страстному порыву)—классъ эпизодическихъ преступниковъ;

2) *съ задатками* длительнаго преступнаго настроенія — сюда подойдутъ простые рецидивисты, далѣе бродяги, тунеядцы вообще тѣ, преступленіе которыхъ имѣетъ корни въ распущенности, недисциплинированности характера, въ антисоціальныхъ склонностяхъ, въ опасныхъ привычкахъ жизни (Гарсонъ). Эти моменты опредѣлятъ не преступность настроенія, она можетъ вытекать только изъ опредѣленнаго деликта (напр., сводничества), а лишь устойчивость этого настроенія, общее предрасположеніе къ преступной дѣятельности. Но едва ли не предпочтительнѣе другой пріемъ— криминализація самихъ этихъ привычекъ или актовъ ихъ проявленія въ формѣ такъ назыв. коллективъ-деликта, состоящаго изъ нѣсколькихъ отдѣльныхъ непреступныхъ дѣяній, объединяемыхъ въ одно цѣлое обращеніемъ дѣятельности въ профессію или привычку и тогда наказуемыхъ, какъ единое преступленіе [50]). Въ такихъ деликтахъ особенно выступаетъ преступность не отдѣльнаго проявленія воли, а настроенія, даже характера личности. Такимъ образомъ вызоветъ репрессію не единичный случай нищенства, способствованія чужому разврату, или извлеченія выгоды изъ собственнаго, предоставленія помѣщенія для азартной игры и т. п., а только привычная или профессіональная дѣятельность такого рода, и не столько въ силу приносимаго ею вреда, сколько вслѣдствіе того, что въ ней задатки другихъ преступленій.

3) Преступники *съ длительнымъ* (хроническимъ) преступнымъ настроеніемъ; сюда слѣдуетъ отнести простыхъ рецидивистовъ, отбывшихъ не болѣе двухъ серіозныхъ или трёхъ-четырехъ менѣе значительныхъ наказаній, а также не рецидивистовъ, но и другихъ привычныхъ и профессіональныхъ преступниковъ; эти черты ихъ могутъ быть установлены и безъ предшествующей судимости, на основаніи другихъ антецедентовъ ихъ жизни и въ особенности

---

50) См. ниже главу о единствѣ дѣянія и мою статью „Привычн. и профес. прест“ Ж. М. Ю. 1904 г. сентябрь, стр 22 и слѣд; окт., стр. 74, 89 и слѣд; тамъ же и литерат. указ.

при совершеніи нѣсколькихъ однородныхъ еще не наказанныхъ преступныхъ дѣяній (при такъ назыв. совокупности).

4) Преступники съ упорнымъ, *не поддающимся искорененію* преступнымъ настроеніемъ—неисправимые [51]). Основаніемъ къ заключенію о неисправимости можетъ служить безуспѣшное примѣненіе къ данному преступнику долгосрочнаго исправительнаго наказанія, если только новое дѣяніе не вызывается какими-либо особо уважительными мотивами. Опасность ошибки въ постановкѣ діагноза о неисправимости могла бы умѣряться условнымъ досрочнымъ освобожденіемъ, но послѣ отбытія значительной части наказанія. Въ случаѣ новаго преступленія, преступникъ подлежалъ бы окончательному зачисленію въ классъ неисправимыхъ, съ примѣненіемъ мѣръ, преслѣдующихъ исключительно обезвреженье.

Характеръ карательныхъ мѣръ, примѣняемыхъ къ преступникамъ этихъ классовъ, могъ бы представлять существенныя различія, въ виду различія въ интенсивности преступнаго настроенія, съ измѣненіями (въ предѣлахъ одного и того же класса) продолжительности срока лишенія свободы, въ зависимости отъ объективной стороны преступленія. Качество преступнаго настроенія—соціальность мотива, одинъ изъ коэффиціентовъ въ оцѣнкѣ вины, должно было бы вліять на примѣненіе иного рода наказанія, напр., условнаго осужденія, а въ болѣе важныхъ случаяхъ custodia honesta, не позорящаго заключенія, не имѣющаго исправительныхъ тенденцій [52]). При асоціальности мотива, что бу-

---

51) См. о нихъ въ указ. въ предыд. прим. моей статьѣ и литер., указан. выше, на стр., 138, прим. 45.

52) Такъ Чубинскій, особ. 337, слѣд, Garçon, Rev. Pénitent, XX, 836, слѣд., Lammasch, GS. 44, стр. 188, слѣд.; van-Calker, op. c, особ. 187, Z. 32, стр. 166, 167. Особенное значеніе имѣетъ „не безчестное настроеніе“ въ Норвежск. кодексѣ (§ 24), который допускаетъ переходъ къ Haft (custodia honesta) отъ тюрьмы при *всѣхъ* деликтахъ. § 49 швейц. проекта предписываетъ судьѣ при опредѣленіи наказанія обращать вниманіе на мотивы, а, если въ законѣ указанъ альтернативно смирительный домъ или тюрьма, то, по § 54-му, судъ примѣняетъ первое изъ этихъ наказаній, если преступленіе свидѣтельствуетъ о низменномъ настроеніи (gemeine Gesinnung) или дурномъ характерѣ

детъ общимъ правиломъ для преступниковъ второго, третьяго и четвертаго класса, и частымъ явленіемъ для преступниковъ перваго, наказаніе могло бы варьироваться въ родѣ, съ примѣненіемъ къ каждой группѣ другихъ видовъ лишенія свободы[53]): для преступниковъ четвертаго класса общаго и долгосрочнаго заключенія не ниже высокаго минимума, опять-таки различнаго въ зависимости отъ объективнаго значенія дѣянія; для третьяго класса прогрессивной системы заключенія съ такими же варіаціями въ срокѣ: для второго—работнаго дома; для перваго денежной пени и условнаго осужденія въ болѣе легкихъ случаяхъ, въ другихъ одиночнаго заключенія не свыше опредѣленнаго максимума, не очень высокаго, напр., трехъ лѣтъ[54]). Наказаніе, при уменьшеніи сроковъ для лицъ этой категоріи, не проигрывало бы не только съ точки зрѣнія справедливой оцѣнки преступнаго настроенія, но и въ отношеніи общей превенціи: для новичковъ, готовыхъ вступить на путь преступленія, и такая угроза могла бы создать достаточно сильный мотивъ закономѣрнаго

виновнаго. Такое же значеніе имѣетъ, по австр. правит. проекту (§ 43) жестокость, своекорыстіе, безстыдство, отвращеніе къ труду. Въ pendant къ особо легкимъ случаямъ (выше, прим. 183) контръ-проектъ Листа, Каля и др. устанавливаетъ особо тяжкіе случаи, гдѣ виновныя послѣдствія дѣянія значительны или преступная воля виновнаго особенно сильна и предосудительна (verwerflich) (§ 89). Объясн. записка къ нашему Угол. Ул. (стр. 170) останавливалась на мысли о параллельныхъ наказаніяхъ заточеніи съ одной стороны, тюрьмѣ, исправ. домѣ и каторгѣ съ другой, опредѣляя первое за преступленія, поводомъ которыхъ служатъ заблужденія, увлеченія или общественные предразсудки и которыя не указываютъ на безчестный и позорный характеръ лицъ, ихъ совершившихъ" (ср. впрочемъ, стр. 28: только за особые виды преступленій), но эта мысль нашла себѣ слишкомъ ограниченное примѣненіе. См. по этому поводу Чубинскій, 241 и слѣд. О значеніи мотива, какъ одного изъ симптомовъ *опасности*, Florian, I, 329, слѣд.

53) Важное значеніе имѣетъ обособленіе различныхъ видовъ лишенія свободы для оцѣнки обществомъ, особенно массой, личности преступника: „спрашиваютъ не какъ наказали, а гдѣ отсиживалъ" (Aschrott въ Reform, I, 79)

54) Подробное изложеніе вопросовъ о рецидивѣ и его условіяхъ, а также о характерѣ каратсльныхъ мѣръ выходитъ за предѣлы настоящей главы

поведенія; другіе же кандидаты преступной карьеры, принадлежащіе къ остальнымъ указаннымъ классамъ, могли бы разсчитывать только на болѣе суровую репрессію.

Такимъ путемъ идея спеціальнаго предупрежденія находитъ для себя болѣе свободный доступъ въ уголовное законодательство и въ то же время не угрожаетъ ломкой основъ послѣдняго, удерживаемая въ извѣстныхъ предѣлахъ необходимостью не только приспособленія карательной мѣры къ личности преступника, но и соотвѣтствія ея съ тяжестью вины. Все то, что въ предлагаемыхъ въ послѣднее время мѣрахъ защиты выходитъ за эти предѣлы, должно быть отвергнуто, какъ несогласное съ справедливой оцѣнкой личности и внушающее только сожалѣніе къ преступнику, столь вредное съ точки зрѣнія общей превенціи; насколько же эти мѣры соотвѣтствуютъ намѣченнымъ выше основаніямъ, онѣ сливаются съ наказаніемъ или, вѣрнѣе, остаются наказаніемъ, удовлетворяющимъ общественной мѣркѣ справедливости [55]). Въ самомъ дѣлѣ, едва ли не только массу, но даже интеллигентную часть общества можно убѣдить въ томъ, что рабочій домъ на 2 или 3 года, сопровождая трехмѣсячное заключеніе въ тюрьмѣ, не есть та же тюрьма на большій срокъ, что дополнительное задержаніе рецидивиста послѣ каторжной тюрьмы не есть ея продолженіе, что особый режимъ для нѣкоторыхъ уменьшенно-вмѣняемыхъ, если они заключаются не въ лечебное заведеніе, а въ особое учрежденіе для ихъ интернированья [56]), мѣняетъ тюремный характеръ этой мѣры, и что всѣ эти пріемы борьбы съ преступностью не караютъ, не роняютъ личности въ глазахъ другихъ, не служатъ выраженіемъ осужденія, не вызываются ея виною, когда даже спеціалисты съ этимъ согласны далеко не всѣ. Не усмотритъ ли общество въ этомъ лицемѣріе науки или, въ лучшемъ случаѣ, доктринерское упражненіе? Не будетъ ли

---

55) Ср. мнѣніе Freudenthal'я (V. D. III, 275, 276), что общественное мнѣніе въ С. А Соединенныхъ Штатахъ признаетъ справедливыми неопредѣленные приговоры;—Oetker'а (GS. 70, стр. 359), что условное осужденіе, условное освобожденіе, реабилитація отбывшихъ наказаніе суть выраженіе вознаграждающаго возмездія.

56) Ср. слѣд. главу.

общество болѣе право, если кое что осудитъ, какъ излишнюю суровость, а во многомъ увидитъ справедливое наказаніе, заслуженное преступникомъ?

Но можно ли говорить о винѣ личности? Есть ли для этого основаніе, и правильно ли поступаютъ законодательства и господствующая теорія, считая вину необходимымъ условіемъ уголовной отвѣтственности, признавая возможность послѣдней только въ отношеніи тѣхъ, у кого есть *способность быть субъектомъ вины—вмѣняемость*, и устанавливая признаки этого понятія?

V.—1. Классическая школа уголовнаго права, подъ вліяніемъ представителей метафизической философіи, въ особенности Канта и Гегеля, основывала вину и отвѣтственность на ничѣмъ не опредѣляемой къ дѣйствію, не имѣющей причины *абсолютно свободной волѣ человѣка, которая, при совершенно равныхъ условіяхъ, можетъ выбрать любое изъ представляющихся рѣшеній, какъ бы противоположны они ни были*[57]). Дѣяніе можетъ быть поставлено въ упрекъ, вмѣнено въ вину, личности только потому, что она могла его не совершать, поступить иначе. Способны нести отвѣтственность, вмѣняемы только тѣ, чья воля абсолютно свободна. Особенно ярко эта *индетерминистическая* точка зрѣнія выражена Кестлиномъ и Бернеромъ, въ одной изъ его раннихъ работъ[58]). Какъ и у философовъ, у этихъ криминалистовъ положеніе о свободѣ воли представляется апріорнымъ, не опирающимся на опытныя данныя. Иногда впрочемъ, въ особенности у позднѣйшихъ криминалистовъ, замѣчается стремленіе подкрѣпить упомянутое

57) О такомъ взглядѣ (liberum arbitrium indifferentiae) у прежнихъ мыслителей Байля, Боссюэта, см. у Hamon, 5, Trager, 58 (слова Фенелона: „Quand je veux une chose, je suis maître de ne la vouloir pas. Je sais, que j'ai un vouloir à deux tranchants, qui peut se tourner à son choix vers le oui, ou vers le non. Je ne connais point d'autre raison de mon vouloir, que mon vouloir même). О трансцендентномъ индетерминизмѣ Канта вкратцѣ у Trager'a, 102, Виндельбанда, op. c.; о понятіи свободы у Гегеля его Grundlinien der Philosophie des Rechts (изд. 1911 г. G. Lasson) §§ 4—27.

58) Kostlin, Neue Revision, § 15—§ 68 (см. особ. § 47), Berner. Grundlinien der Imputationslehre 1843, стр. 5—38. Оба примыкаютъ къ Гегелю. Прекрасное сжатое изложеніе этого взгляда см. у Таганцева. I, 388, слѣд.

положеніе ссылками на факты на присущее человѣку сознаніе своей свободы хотѣть или не хотѣть чего-либо, на угрызенія совѣсти, на раскаянье тѣхъ, которые поступили противно нравственному долгу или правовой обязанности[59]). Шаткость этихъ доводовъ давно отмѣчена критикой[60]): свидѣтельство человѣческаго сознанія можетъ быть ошибочнымъ; свобода воли можетъ быть такимъ же самообманомъ, какъ опиравшееся на тотъ же непрочный фундаментъ представленіе о неподвижности земли, о различныхъ размѣрахъ луны въ зенитѣ и на горизонтѣ. Сознаніе своей свободы наблюдается у многихъ пьяныхъ и помѣшанныхъ, но и сторонники индетерминизма не считаютъ ихъ свободными, а напротивъ, зачисляютъ въ категорію невмѣняемыхъ. Угрызенія совѣсти, раскаянье основаны на заключеніи человѣка, что онъ могъ не совершать своего дѣянія, на увѣренности въ своей свободѣ въ выборѣ рѣшеній; но это заключеніе дѣлается только изъ части тѣхъ условій, которыя вызвали данное рѣшеніе и данное дѣяніе, тогда какъ другая часть ускользаетъ отъ обсужденія одни условія не воспроизводятся памятью совершившаго преступленіе, другія остаются недоступными познанію. Если бы вся сумма условій раскрылась послѣднему, дѣяніе оказалось бы необходимымъ. Но

---

59) См напр., Proal, 288, 289; H. Meyer (5-е изд.), 5 и 6; Binding, Normen, II, 23, 24. Birkmeyer, GS. 37, стр. 276, 334, 335. Нельзя однако не отмѣтить, что многіе изъ защитниковъ свободы воли признаютъ вліяніе мотивовъ, получаемыхъ извнѣ впечатлѣній, какъ возбудителей воли, но она все таки рѣшаетъ въ послѣдней инстанціи, и отвѣтственность признается возможной именно потому, что данный субъектъ дѣянія могъ избрать другое рѣшеніе. См. по поводу этого относительнаго эмпирическаго индетерминизма (Биндинга, Бури, Биркмейера Гельшнера и друг.) возраженія у Trager'a, 62 и слѣд. и Vargha, I, 330. Уже Лейбницъ говорилъ о вліяніи, чуждомъ принужденія, „incliner sans necessiter". Биркмейеръ различаетъ условія, какими являются представленія, и причину воли; этой причиной у него оказывается сама воля (l. c); сходно Binding, Norm., II, 10, ср. ниже. На свободѣ воли основываютъ отвѣтственность также Спасовичъ, 116, Hélie, введеніе къ Rossi, Traité, I, LXVII, Ortolan, I, 108. Carrara, Programma, p. spec., 9.

60) См. особенно, изъ криминалистовъ, Trager, Hippel, Таганцевъ, I, 390, Merkel, Ges. Abh., II, стр 436—439; далѣе Виндельбандъ, назв. сочин.; Vargha, I, глава III.

признаніе воли абсолютно свободной не только не могло опереться на болѣе серіозные аргументы, представлялось вопросомъ вѣры, а не знанія и уже поэтому было непригодно служить основаніемъ для научныхъ выводовъ, но даже и въ качествѣ гипотезы оказывалось неудовлетворительнымъ, такъ какъ скорѣе подрывало возможность отвѣтственности, чѣмъ объясняло послѣднюю и находилось въ противорѣчіи и съ фактами обыденной жизни, и съ законами человѣческаго мышленья. Нарушеніе liberum arbitrium indifferentiae, безразличія воли ко всякимъ мотивамъ, приведеніе воли въ дѣйствіе являлось неразрѣшимой загадкой; дѣяніе становилось какой-то необъяснимой случайностью, чудомъ, какъ если бы одна пустая чаша вѣсовъ перевѣсила вдругъ другую такую же чашу (Шопенгауэръ). Дѣяніе оказывалось несвязаннымъ съ личностью, и истиннымъ его виновникомъ слѣдовало бы признать случай; вмѣстѣ съ тѣмъ понятія вины, заслуги, порока, добродѣтели, наказанія и награды теряли смыслъ [61]). Постоянно связываемыя нами съ опредѣленной личностью ожиданія тѣхъ или иныхъ ея поступковъ, основанныя на знакомствѣ съ ея характеромъ, съ ея обычными свойствами, не находили бы подтвержденія если бы человѣкъ могъ принять любое рѣшеніе, совершить самый неожиданный поступокъ, то выборъ друзей, повѣренныхъ, слугъ и т. д. лишенъ былъ бы разумнаго основанія. Между тѣмъ факты свидѣтельствуютъ о противоположномъ: наши ожиданія оправдываются въ большинствѣ случаевъ; если же подчасъ наступаетъ разочарованіе, то причина кроется не въ абсолютно свободной волѣ [62]), а въ недостаточномъ знакомствѣ съ характеромъ личности [63]). Наконецъ, что важнѣе всего, наша мысль ничего не можетъ представить себѣ безъ причины. Категорія причинности присуща нашему

61) Эти послѣднія возраженія приводятся даже Биндингомъ (3—6, со ссылкой на Юма), котораго Липманъ не считаетъ индетерминистомъ (Einl., 92), но Биндингъ и противъ детерминизма, впрочемъ, одного изъ его оттѣнковъ (см. ниже), и примыкаетъ въ сущности къ трансцендентному индетерминизму Канта. Ср. M. Mayer, Schuld Handl., 73, 79.

62) Такъ думаетъ Proal, 319.

63) На послѣднее указывалъ самъ Кантъ, см. также Виндельбандъ и друг., указ. въ примѣч. 60

мышленью, какъ установилъ именно Кантъ, который признаетъ ее и въ отношеніи личности, какъ эмпирическаго характера, находящагося въ мірѣ феноменовъ; абсолютная свобода воли помѣщается Кантомъ въ области трансцендентнаго, въ мірѣ ноуменовъ[64]). Но, конечно, вопросъ объ отвѣтственности возникаетъ именно въ отношеніи эмпирической личности, существующей въ реальномъ мірѣ, и на этотъ вопросъ ученіе о свободѣ воли не даетъ отвѣта.

Зависимость человѣка и его поступковъ отъ различныхъ условій, лежащихъ внѣ его, зависимость, которой не могли не замѣтить и сторонники индетерминизма[65]), но которую они тщетно пытались примирить съ свободой воли, уже очень давно дала основаніе противоположному взгляду— детерминизму, въ различныхъ его оттѣнкахъ. Въ наиболѣе рѣзкой формѣ эта противоположность детерминистическаго воззрѣнія выразилась въ ученіи о необходимости дѣйствій человѣка—*нецессаріонизмъ*, *фатализмъ*. Вѣра въ господство судьбы нашла отраженіе въ народныхъ сказаніяхъ (о вѣщемъ Олегѣ, о царѣ Эдипѣ) и поговоркахъ („отъ судьбы не уйдешь“ и т. п.), и въ формѣ ученія о Божественномъ предопредѣленіи въ твореніяхъ отцовъ церкви, напр., св. Августина, Ѳомы Аквинскаго, и религіозныхъ реформаторовъ, Лютера, Кальвина. Философы въ своихъ трактатахъ также проводили точку зрѣнія крайняго детерминизма, напр., Спиноза[66]).

Въ концѣ XVIII в. появилась книга Гоммеля[67]), имѣвшая ближайшее отношеніе къ вопросу о наказаніи и старавшаяся обосновать

---

64) По поводу умопостигаемой свободы, умопостигаемаго (intelligibler) характера у Канта см. Виндельбандъ, 90, слѣд, и здѣсь ниже; см. еще M. Mayer, 78—80; Träger, 102 и слѣд., Iellinek, Socialet. Bedeut, 65, слѣд.; Фуллье, 169.

65) Такъ Кантъ въ отношеніи эмпирическаго характера, см. также выше, прим. 59.

66) Въ новѣйшее время въ философіи детерминистическое возрѣніе поддерживается преобладающимъ большинствомъ (такъ Гартманъ, Спенсеръ, Вундтъ, Зигвартъ, Виндельбандъ).

67) Ueber Belohnung und Strafe nach den türkischen Gesetzen подъ псевдонимомъ Ioch). См. о немъ у Неклюдова, прилож. къ Учеб. Бернера, 51; у Таганцева, 396.

послѣднее, несмотря на принадлежность автора къ сторонникамъ нецессаріонизма. Исходя изъ господства причинности во всѣхъ явленіяхъ и примыкая къ сенсуалистамъ, Гоммель признавалъ поступки человѣка отраженіемъ полученныхъ имъ извнѣ впечатлѣній, отвергалъ свободу личности и находилъ, что всякое дѣйствіе зависитъ отъ самыхъ отдаленныхъ и, казалось бы, совершенно посторонніихъ фактовъ самаго далекаго прошлаго. Но, съ той же необходимостью, съ какой совершается человѣкомъ кража, осуществляется и наказаніе.

Къ этому оттѣнку детерминизма, но только къ этому примѣнимо возраженіе, противопоставляемое Биндингомъ детерминизму вообще: онъ приводитъ къ отысканію причины всѣхъ причинъ, первоначальной причины, которая сама не имѣла причины, т. е снова къ господству случая, какъ и при liberum arbitrium indifferentiae, только болѣе древняго происхожденія [68]).

Въ XIX в. развитіе естественныхъ наукъ и статистики даетъ детерминизму научный фундаментъ. Если статистическія изслѣдованія фактами повторяемости одного и того же приблизительно числа браковъ, самоубійствъ, преступленій при, одинаковыхъ соціальныхъ условіяхъ, установили вліяніе послѣднихъ на личность, но не необходимость для отдѣльнаго лица, при данныхъ общественныхъ условіяхъ, опредѣленнаго образа дѣйствій [69]), то представители мате-

---

68) Normen, II, 12.

69) См. Binding, 12, слѣд., особ. 19, и особенно Виндельбандъ, 82—90· „статистика должна разсматривать свои цыфры не какъ выраженіе закономѣрной необходимости отдѣльныхъ явленій, а какъ характерный признакъ массовыхъ состояній и ихъ измѣненій", „сама свобода выбора принадлежитъ къ тѣмъ измѣнчивымъ причинамъ, которыя въ отдѣльномъ событіи (бракѣ, преступленіи и т. п.) образуютъ специфически рѣшающій моментъ, но въ массѣ и эти измѣнчивыя причины уравновѣшиваются въ своемъ дѣйствіи другими, такъ что въ общихъ числовыхъ пропорціяхъ находятъ себѣ выраженіе только тѣ постоянныя состоянія, которыя лежатъ въ основаніи игры измѣнчивыхъ причинъ", „призракъ фатума исчезаетъ, если въ него поближе всмотрѣться", „общія условія составляютъ лишь *одну* изъ причинъ для каждаго дѣйствія отдѣльнаго человѣка". Представители моральной статистики оспаривали впрочемъ не возможность личности реагировать на внѣшнія вліянія среды сообразно съ своимъ характеромъ, а скорѣе абсолютную ея свободу, полную независимость отъ этихъ вліяній. См. Таганцевъ, I, 400, Binding, l. c.

ріализма свели психическія явленія къ физіологическимъ и физическимъ, перенесли въ область первыхъ законъ механической причинности о сохраненіи энергіи и превратили личность въ машину, приводимую въ движеніе посторонними силами [70]). У Ломброзо и его послѣдователей такою силою, какъ было указано, является наслѣдственность и атавизмъ.

Логическимъ выводомъ изъ такого взгляда на личность было упраздненіе понятій вины и отвѣтственности, по крайней мѣрѣ въ общепринятомъ смыслѣ, устраненіе въ наказаніи элемента справедливаго воздаянія, отрицаніе различія между вмѣняемыми и невмѣняемыми, такъ какъ дѣянія вторыхъ столь же необходимы, какъ и дѣянія первыхъ, а опасность для общества не менѣе велика. Ферри, у котораго детерминизмъ не переходитъ, впрочемъ, въ нецессаріонизмъ, а приближается къ указываемому ниже оттѣнку, тѣмъ не менѣе отбрасываетъ понятіе вины, какъ основанное на ложномъ ученіи о свободѣ воли, и на мѣсто индивидуальной отвѣтственности ставитъ отвѣтственность соціальную: человѣкъ отвѣчаетъ за совершенное имъ уже въ силу того, что онъ живетъ въ обществѣ; послѣднее въ интересахъ самосохраненія должно принимать мѣры защиты противъ опасныхъ для него лицъ, совершившихъ преступленіе. Наказаніе и есть такая мѣра соціальной защиты и примѣняется независимо отъ того, угрожаетъ ли опасность отъ душевно-больного или нормальнаго преступника [71]). Само различіе между душевно-больнымъ и вмѣнлемымъ часто отвергается антропологами (Ломброзо), психіаторами (Бенедиктъ, Крепелинъ) [72]) и даже крайнимъ крыломъ соціологическаго направленія или вообще, или же въ отношеніи неисправимыхъ преступниковъ, въ которыхъ склонны

---

70) Lange. Geschichte des Materialismus 1876 (есть русскій переводъ). Le Bon. L' evolution de la matière (русск. перев.). 1912. См. еще Vargha, l. c. 315, слѣд., 238, слѣд. Самъ Vargha основываетъ отвѣтственность на характерѣ 333, слѣд см. ниже.

71) Ferri, Sociol. crim., гл. III, особ. 399—402, 376. Garofalo, Criminologie, 332—338. Aschaffenburg, Verbrech., 197, Prins, Défense, гл. III.

72) См. мою статью Ж. М. Ю. 1904, сент., Aschaffenburg, Verbrech., 159, Kraepelin, M. Crim. psych. III, 269. Дриль, Учен. о преступности, 471, 472.

видѣть психически ненормальныхъ субъектовъ (такъ Листъ въ рѣчи на Мюнхенскомъ психологическомъ конгрессѣ 1896 г.)[73]. Понятіе вмѣняемости замѣняется понятіемъ опаснаго состоянія. Иногда первое сохраняется, но не для разграниченія отвѣтственныхъ по уголовнымъ законамъ и не отвѣтственныхъ, преступниковъ и не преступниковъ, а лишь какъ средство классификаціи первыхъ и выбора пригодной мѣры репрессіи. Такъ, согласно Гриспиньи, и невмѣняемые годные субъекты преступленія, подлежащіе отвѣтственности[74]); карательная санкція распространяется и на нихъ и обнимаетъ различныя мѣры противъ преступниковъ, въ зависимости отъ принадлежности къ тому или другому классу; среди этихъ мѣръ и рабочій домъ, и тюрьма, и заведеніе для психически больныхъ преступниковъ (manicomio criminale); невмѣняемые только одинъ изъ классовъ преступниковъ, въ отношеніи котораго примѣняется соотвѣтствующій видъ карательной санкціи—manicomio, какъ для преступниковъ-тунеядцевъ рабочій домъ, а для какого-либо другого класса тюрьма. Никакой разницы между этими видами санкціи Гриспиньи не усматриваетъ: всѣ они предусмотрѣны въ одномъ кодексѣ (Гриспиньи имѣетъ въ виду проекты), опредѣляются судебной властью съ установленными для личности гарантіями судебнаго производства, всѣ выражаютъ оцѣнку личности соотвѣтственно съ ея *соціальной* цѣнностью, всѣ суть выраженіе принципа воздаянія (конечно, въ смыслѣ простой реакціи на содѣянное, безъ всякаго отношенія къ должному)[75]).

Детерминизмъ въ этой формѣ приводилъ къ полному перевороту установившихся въ наукѣ уголовнаго права и въ уголовныхъ кодексахъ понятій упразднялись не только понятіе вины и существенный элементъ въ наказаніи—порицаніе, связывающіе уголовное право съ моральными основами, но и значеніе отдѣльныхъ преступленій и даже

---

73) См. Aufsatze, II, 229; см. выше, стр. 114, прим. 50. За упраздненіе понятій вина, возмездіе, вмѣняемость Ванъ-Гамель на Гамбургскомъ конгрессѣ М. С. 1905 г. (M. I. K. V. XIII, 510)

74) Такъ и Garofalo, 306, слѣд., Florian, I, 297 и слѣд.

75) Grispigni, Il nuovo diritto criminale, 55 и слѣд., и 29.

дѣянія вообще; основаніемъ репрессіи становилось опасное состояніе личности. Эти выводы сами по себѣ были таковы, что могли вызвать только отрицательное отношеніе къ провозглашавшей ихъ теоріи; отъ нѣкоторыхъ изъ нихъ открещивались сами ея сторонники, напр., отъ примѣненія репрессіи независимо отъ факта преступленія, на основаніи одного опаснаго состоянія, отъ упраздненія особенной части кодексовъ, обрисовывающей типы наказуемыхъ дѣяній. Но неприемлемы были и другіе выводы: выбрасывая изъ понятія наказанія признакъ справедливой отрицательной оцѣнки, мы значительно ослабляемъ обще-превентивное дѣйствіе наказанія, стирая грань между вмѣняемостью и невмѣняемостью, мы анулируемъ личность, смѣшиваемъ несчастье съ преступленіемъ, устраняемъ возможность совершенствованія личности, заглушаемъ въ преступникѣ и во всемъ населеніи чувства стыда, раскаянья, возмущенія порокомъ, тѣ чувства, которыя въ бо́льшей, можетъ быть, мѣрѣ поддерживаютъ уваженіе къ праву, чѣмъ страхъ наказанія. Уже этихъ результатовъ было бы достаточно, чтобы поддерживать идею вины, если бы даже сознаніе личностью своей свободы и было иллюзіей [76]). И нѣкоторые криминалисты становятся на эту точку зрѣнія. для отвѣтственности важно не существованіе свободы воли, говоритъ Ламмашъ, а неугасимость индетерминистической гипотезы. По словамъ Жоли, „не имѣетъ значенія, фактъ ли свободы даетъ намъ идею о ней, или же идея свободы, явившаяся неизвѣстно откуда, дѣлаетъ насъ свободными“ [77]). Но точка зрѣнія, при-

---

76) См. Saleilles, L' individualisat., 139, Liepmann, Einleit., 107. См. также выше, стр. 108.

77) Lammasch въ GS, 44, стр 155; Joly, Le combat contre le crime, 26.—Въ этомъ же смыслѣ Hertz (Unrecht, 129), Iellinek (Socialet. Bedeut., 72), M. Mayer (Schuldh. Handl, 92—101), строящіе отвѣтственность не на дѣйствительности свободы, а на представленіи о ней или на сознаніи отвѣтственности, это сознаніе „заложено въ нашемъ духовномъ бытіи“, „принадлежитъ къ общимъ свойствамъ разума“ (Еллинекъ); „человѣчеству предопредѣленъ индетерминизмъ“ (М. Майеръ). Оригинальное выраженіе получила эта точка зрѣнія у Фуллье въ его ученіи объ idées-forces, которое резюмируетъ Тардъ (Philos. pén., 12, 13): есть идеи, которыя, появляясь въ умѣ, дѣлаютъ возможнымъ ихъ собствен-

водящая къ упраздненію уголовнаго права и въ сущности къ замѣнѣ его мѣрами полиціи безопасности, ошибочна въ своей основѣ. Не говоря уже о томъ, что отождествленіе преступниковъ съ невмѣняемыми отвергается психіатріей [78]), да въ итогѣ и самими защитниками этого взгляда, когда они примѣняютъ къ обѣимъ группамъ совершенно различныя мѣры репрессіи [79]), понятія вины и отвѣтственности не зависятъ отъ признанія абсолютной свободы воли и не падаютъ вмѣстѣ съ крушеніемъ индетерминистическаго ихъ обоснованія.

Признаніе совмѣстимости вины съ детерминистическимъ воззрѣніемъ составляетъ крупную заслугу нашего маститаго криминалиста *Н. С. Таганцева*, который впервые далъ вопросу постановку, предложенную нѣсколько позже въ германской литературѣ Адольфомъ *Меркелемъ*, въ австрійской Янка, во французской *Тардомъ* (съ существеннымъ дополненіемъ) [80]) и принимаемую нынѣ большинствомъ криминалистовъ. Согласно этому взгляду, личность не представляетъ собою пассивной среды, какой-то арены столкновенія полученныхъ извнѣ впечатлѣній, изъ которыхъ должно

ный объектъ, прежде невозможный, и, утверждаясь какъ иллюзія, находятъ въ самой этой иллюзіи силу постепенно реализоваться, это творческія видѣнія, подобныя въ извѣстной мѣрѣ тому Богу св. Ансельма, понятіе о которомъ заключаетъ въ себѣ его существованіе, Свобода одна изъ этихъ идей, обманчивое сознаніе, которое есть у каждаго изъ насъ о своей свободѣ, есть путь къ нашему дѣйствительному и постепенному освобожденію". См также о примиреніи антиноміи необходимости и свободы у Saleilles, 153.

78) Proal, гл. IV.

79) Florian, I, 301; Garofalo, 308, 309, особенно, когда, отвергая смертную казнь въ отношеніи душевно-больныхъ, въ отличіе отъ опасныхъ преступниковъ, онъ ссылается на то, что первыхъ не ненавидятъ такъ, какъ вторыхъ, что болѣзнь не разрываетъ, какъ преступленіе, узы симпатіи между индивидомъ и обществомъ. См. еще Ferri, 415.

80) Уже въ работѣ „О повтореніи преступленій" (1867 г.) и подробнѣе въ Курсѣ (I, 1874 г.), нынѣ Таганцевъ, I, № 102. Merkel въ статьѣ о курсѣ Гельшнера и объ идеализмѣ въ наукѣ угол. права (1881 г.), нынѣ Ges. Abh. II, 429, особ. 436, слѣд. Ianka, Notstand, 1878 § 26 и Grundlagen der Strafschuld, 1885; Ianka-Kallina, 74—77. Tarde. ор. с., глава III.

взять верхъ сильнѣйшее, не есть слѣпое орудіе посторонних силъ. Хотя *личность* и стоитъ въ зависимости отъ біологическихъ, физическихъ и соціальныхъ условій какъ въ своемъ развитіи, такъ и въ своихъ дѣйствіяхъ, но *не лишена извѣстной сопротивляемости, нѣкоторой относительной свободы въ смыслѣ не метафизическомъ, а психологическомъ, въ смыслѣ способности перерабатывать впечатлѣнія, реагировать на мотивы сообразно съ своей индивидуальностью* (Меркель). Дѣянія наши представляютъ собою продуктъ взаимодѣйствія внѣшнихъ условій, воспринимаемыхъ нами, и нашего „я", нашего характера. Детерминизмъ, освобожденный отъ преувеличеній, не препятствуетъ признанію самостоятельности личности, но подчиняетъ ея поступки закону достаточнаго основанія[81]). Эта точка зрѣнія находитъ подкрѣпленіе и въ современной философіи и психологіи, въ волюнтаристической теоріи. Перенесеніе въ область психическихъ явленій закона сохраненія энергіи, въ силу котораго личность была бы только мѣстомъ прохожденія внѣшнихъ силъ и дѣяніе ихъ эквивалентомъ, признается неправильнымъ. Особенность психической причинности[82]) состоитъ „въ законѣ обогащенія сознанія, наростанія, который въ психическомъ мірѣ вызываетъ истинныя, хотя и обусловленныя новообразованія" (Вундтъ).

Вездѣ здѣсь, говоритъ *Вундтъ*, мы видимъ связи основанія и слѣдствія, которыя составляютъ отдѣльные случаи психической причинности, но никоимъ образомъ не только не эквивалентность членовъ причиннаго ряда, но полную противоположность этого: *въ жизни души господствуетъ экстенсивно и интенсивно законъ наростанія энергіи:* экстенсивно въ томъ отношеніи, что духовное развитіе постоянно расширяется, интенсивно въ томъ отношеніи, что возникающія при этомъ развитіи пріобрѣтенья (цѣнности—Werthe) возрастаютъ въ степени[83]). „Ходъ развитія самосознанія, по словамъ проф. *Лосскаго*[84]), подтверждаетъ, что словомъ „я" обозначается объединяющее

---

81) Liepmann, Einleit., 91, Trager, 214; van-Calker, Ethik und Strafrecht, 11, Vidal, 177; Lilienthal, V. D., V, 3—7.

82) См. проф. Кисилевъ, 262, слѣд.; Liepmann, l. c., Prins, № 269; Gretener, Zurechnungsfahigk. als Gesetzgebungsfrage, 83.

83) См. у Gretenera, l. c., пр. 113 и Wundt. Klein. Schrift. 1911, 105.

84) назв. (выше, стр. 180) сочин., 170—172.

активное начало въ индивидуальномъ сознаніи". „Самое замѣчательное свойство этого единства его относительная самостоятельность непроизводность въ томъ смыслѣ, что оно не есть сумма своихъ элементовъ (представленій, чувствъ), что его элементы не существуютъ раньше его, оно возникаетъ не такъ, какъ куча камней, которая складывается изъ частей, лежавшихъ прежде отдѣльно"

Въ свою очередь, *Виндельбандъ* [85]) придаетъ значеніе эмоціональной сторонѣ психическихъ переживаній, такъ называемымъ чувствамъ —воспоминаніямъ. „Чѣмъ чаще какія-нибудь чувства вступаютъ въ сознаніе, все равно подъ вліяніемъ ли одинаковаго воздѣйствія извнѣ или благодаря процессамъ ассоціаціи, тѣмъ прочнѣе и сильнѣе они становятся, и тѣмъ легче и увѣреннѣе проявляютъ они себя, какъ мотивы, вызванные памятью" „Въ процессѣ развитія эмоціональной и волевой жизни *осѣдаетъ* въ каждомъ одушевленномъ существѣ *ядро постоянныхъ мотивовъ*, которые готовы къ воспріятію всякаго новаго раздраженія, чтобы затѣмъ опредѣлить индивидуальную реакцію на это раздраженіе". „*Свобода выбора* обозначаетъ не что иное, какъ состояніе, въ которомъ у человѣка, дѣлающаго выборъ, въ реакціи на мгновенные мотивы проявляется вся энергія постоянныхъ мотивовъ, т е. его постоянной сущности, его характера" „Справедливо, находитъ *Бергсонъ* [86]), что мое „я" (le moi) однимъ тѣмъ, что оно испытало первое чувство уже нѣсколько измѣнилось, когда приходитъ второе: въ каждое мгновенье обдумыванья „я" мѣняется и измѣняетъ поэтому также два чувства, которыя его волнуютъ. Такъ образуется динамическій рядъ состояній, которыя взаимно проникаются, усиливаютъ другъ друга и естественнымъ путемъ дойдутъ до свободнаго акта". „Мы свободны, когда наши дѣйствія вытекаютъ изъ нашей личности во всей ея цѣльности, когда они ее выражаютъ, когда они имѣютъ съ нею то безконечное сходство, которое иногда находятъ между произведеніемъ и художникомъ. Напрасно станутъ утверждать, что мы уступаемъ тогда всемогущему вліянію нашего характера. Нашъ характеръ это все-таки мы" .. „Конечно, нашъ характеръ измѣняется незамѣтно каждый день, и наша свобода страдала бы отъ этого, если бы эти новыя пріобрѣтенья врѣзывались въ наше „я", а не растворялись въ немъ".

Отвѣтственность и зиждется на этой самостоятельности нашего „я", нашего характера. *Признаніе личности отвѣтственною, вмѣненіе дѣянія ей въ вину содержитъ утвержденіе во-первыхъ, что оно есть продуктъ этого „я", есть выраженіе психической основы данной личности* въ большей или меньшей степени, *и во-вторыхъ, что это дѣяніе*

---

85) назв. соч. 37, 38, 47.

86) назв соч. 132, 133.

не соотвѣтствуетъ представленіямъ данной среды о должномъ, какъ они выразились въ нормахъ правовыхъ или этико-соціальныхъ, смотря по тому, идетъ ли рѣчь объ уголовной, или нравственной отвѣтственности. *Съ дѣянія оцѣнка переносится на личность*, и это перенесеніе оцѣнки тѣмъ болѣе основательно, чѣмъ болѣе дѣяніе лежитъ въ характерѣ, въ постоянныхъ свойствахъ личности[87]). Если она, благодаря этимъ свойствамъ, не могла поступить иначе, то это не дѣлаетъ ея и ея поступковъ въ нашихъ глазахъ болѣе привлекательными, какъ восхищеніе прекраснымъ художественнымъ произведеніемъ и создавшимъ его художникомъ не проигрываетъ въ своей силѣ отъ мысли, что онъ не могъ, благодаря своему таланту и знанію своего искусства, выполнить работу такъ, какъ ее выполнилъ бы диллетантъ (сравненіе Меркеля). *Вопросъ о необходимости для даннаго лица*, на основаніи всѣхъ условій, вызвавшихъ данный характеръ, біологическихъ, соціальныхъ, космическихъ, *быть именно такимъ, а не другимъ остается внѣ области изслѣдованія, при этой оцѣнкѣ*; причинное изслѣдованіе останавливается на констатированіи связи дѣянія съ волящей личностью[88]), на признаніи между ними, такъ сказать тождества („identité individuelle", по выраженію Тарда), такъ какъ для цѣлей правовой оцѣнки дальнѣйшее объясненіе явленія, дальнѣйшее слѣдованіе по пути причинности безполезно, ибо міровой процессъ, необходимымъ продуктомъ котораго является человѣкъ, не допускаетъ этой оцѣнки; его нельзя сдѣлать отвѣтственнымъ Наши оцѣночныя сужденія для своихъ цѣлей не могутъ пользоваться причинными отношеніями и должны абстрагировать отъ нихъ, говоритъ Виндельбандъ, точно такъ же, какъ причинная точка зрѣнія наукъ въ своемъ образованіи понятій совершенно абстрагируетъ отъ цѣнностей тѣхъ предметовъ, которыми она занимается[89]). Объ

---

87) См. особенно Merkel, op. c, 440, слѣд.

88) См. Tarde, Philosophie pén., 86· „я" точка разсѣченія этой двойной безконечности. прошлой и будущей причинности.

89) *Это вѣрно*, говоритъ Виндельбандъ какъ въ отношеніи отдѣльнаго хотѣнія, такъ *и въ отношеніи личности, какъ объединеннаго хотѣнія* (115). См еще мою статью Ж. М. Ю. 1916 г., № 2, стр. 36, слѣд.

точки зрѣнія имѣютъ одинаковое право на существованіе и каждая не можетъ претендовать на исключительное значеніе. выдавать воспринятое содержаніе за совокупность реальнаго, и низводить другую до уровня фикціи[90]).

Эта постановка вопроса объ отвѣтственности, оставляющая въ сторонѣ другой вопросъ о свободѣ воли, какъ нѣкоторой „вещи въ себѣ", какъ трансцендентной сущности явленія, и не входящая въ разрѣшеніе индетерминистической проблеммы, принимается нынѣ громаднымъ большинствомъ криминалистовъ[91]), которые иногда даже находятъ споръ между детерминистическимъ и индетерминистическимъ міровоззрѣніемъ столь же далекимъ отъ уголовнаго права, какъ споръ о безсмертіи души[92]) Нельзя однако от-

90) См. Виндельбандъ, 111 и слѣд.; онъ стремится освободить взглядъ Канта отъ метафизической формы и сохраняетъ ученіе объ умопостигаемомъ и эмпирическомъ характерѣ „лишь въ томъ видѣ, что это лишь двѣ различныхъ, независимыхъ другъ отъ друга и другъ другу не противорѣчащихъ точки зрѣнія и формы обработки волевой жизни человѣка". „Связь оцѣнокъ, которыя со своими собственными принципами нормы и независимо отъ теоретическихъ постулатовъ обращаются къ познанному изслѣдованіемъ причинной закономѣрности фактовъ матеріалу" Виндельбандъ считаетъ способомъ разсмотрѣнія, столь же обоснованнымъ сущностью разума, какъ изслѣдованіе причинности (116, 117). Близко къ этому рѣшенію подходили Еллинекъ и М. Майеръ (см. выше, пр. 77). Ср. также Alimena: „Сколько бы теорія свѣта ни отвергала цвѣта, какъ свойства тѣлъ, мы все же будемъ восторгаться голубымъ цвѣтомъ моря, опаломъ неба, зеленью листвы (Manzini, Dell' imputabilita, 15).

91) См. кромѣ указанныхъ въ примѣч. 81-мъ Познышевъ, 53, Van-Hamel Z, 32 т., 27; Allfeld, Gesin. 69, Manzini, II, №№ 296, 298, 299, Stoos, § 5, Alimena, Principii, I, 158, слѣд., Prins. № 268; Saleilles, 161, 162, Фойницкій, Учен. о нак., 41—43, Hippel, 22; Lilienthal, V.D. V 3—7 (примыкаетъ къ Виндельбанду), R. Schmidt, Strafrechtsref., 64. По существу такъ же Joly, op. c., 25—27, Vidal, 177, Garofalo, 311 и даже противники детерминизма Beling, Vergelt., 54 (считаетъ эту точку зрѣнія индетерминизмомъ, но „не стараго стиля"), Gretener, op. c., 83—89 („относительный индетерминизмъ") и Neue Horizonte, 18, 26; Bar, II, 13, 21, 26, едва ли имѣютъ въ виду что-либо другое и Birkmeyer, Beitrage zur Kritik, I, 14, слѣд и Garraud, I, № 229, слѣд., особ. № 235 (въ изд 1913 г. стр. 565), хотя первый за индетерминизмъ стараго стиля, а второй самостоятельность личности называетъ „libre arbitre".

92) См. Manzini, II, 7; Liszt, 87, пр. 1. О независимости вопроса объ уголовной отвѣтственности отъ детерминизма или индетерминизма

рицать большое историческое значеніе вопроса, такъ какъ именно на почвѣ несостоятельности индетерминистическаго обоснованія вины и отвѣтственности эти понятія подверглись рѣзкой критикѣ сторонниковъ обновленія науки уголовнаго права и возникли крайнія тенденціи позитивизма, Съ другой стороны, именно на основѣ детерминизма явилась возможность углубить указанныя понятія выявленіемъ связи поступковъ человѣка съ заложенными въ немъ психическими свойствами, дать прочные устои классификаціи преступниковъ[93]) и уяснить значеніе наказанія, какъ института, преслѣдующаго цѣли воздѣйствія на психику и преступниковъ, и всего населенія[94]) Правда, иногда высказывается противоположная мысль, что всякій законъ индетерминистиченъ, что законодатель, устанавливая, какъ долженъ поступить человѣкъ, тѣмъ самымъ подразумѣваетъ, что у него есть такая возможность[95]). Но, если велѣніе закона, если далѣе угроза наказаніемъ оказываютъ вліяніе,

---

нынѣ и Binding, Grundriss, 229, Сергѣевскій, 203, 204; Wach, Crimin-Schulen, 21. Уже Feuerbach конструировалъ вмѣненіе въ вину независимо отъ свободы воли. См. Feuerbach, § 85 и примѣч. Mittermaier'a (изд. 14, Lehrbuch, стр. 156, 157). См. еще Cuche въ Rev. pénit., 1907 т. 31), 952, слѣд. Бергсонъ старается доказать, что и вообще (и для философіи) „проблемма свободы явилась плодомъ недоразумѣнія (ук. (соч., и въ частности стр. 184).

93) Такъ Liszt, 164; Allfeld, Gesinnung, 71.

94) См Таганцевъ, I, 392, Trager, 216, слѣд. Merkel, 444. Что такой же выводъ слѣдуетъ сдѣлать, если усматривать въ наказаніи справедливое воздаяніе, вытекаетъ изъ всего предыдущаго. См. также Виндельбандъ, 120, слѣд; Merkel (l c) указываетъ на то глубокое удовлетвореніе, которое доставляетъ въ трагедіяхъ Шекспира или Софокла связь судьбы героя съ его характеромъ, эта справедливость великихъ поэтовъ, въ отличіе отъ справедливости сказки, гдѣ все рѣшаетъ случай.

95) См, напр., Gretener, 91. По поводу этого см. особенно Kohlrausch, Sollen und Konnen. Нормы, по мнѣнію Кольрауша, предполагаютъ способность сообразнаго съ ними поведенія не у даннаго обвиняемаго, не индивидуальную, а общую: способность средняго гражданина, право говоритъ. „ты можешь, потому что ты долженъ"; индивида ставятъ передъ требованіями и задачами, чтобы его силы при этомъ крѣпли; это великій принципъ всякаго воспитанія. Ср. Виндельбандъ, 123, 124, Manzini, II, 6.

становятся мотивами поведенія, то этимъ признается значеніе мотивацiи условіями, лежащими внѣ личности, и отвергается ея абсолютная свобода рѣшать и дѣйствовать независимо отъ какихъ-либо мотивовъ. То же предполагается цѣлями устрашенія или исправленія преступника; преслѣдованіе этихъ цѣлей было бы лишено смысла при liberum arbitrium indifferentiae. Если же указанное возраженіе имѣетъ въ виду свободу въ смыслѣ психологическомъ, то такая свобода реагировать на мотивы сообразно со своею индивидуальностью не есть уже индетерминизмъ: послѣдній допускаетъ возможность воли дѣйствовать вопреки этой индивидуальности, не опредѣляясь ничѣмъ.

Не приводитъ ли однако защищаемое нами обоснованіе отвѣтственности къ тому же результату, къ которому приходили и представители крайнихъ взглядовъ въ нашей наукѣ? Не окажутся ли тогда сумасшедшіе, идіоты, малолѣтніе годными субъектами вины, и не исчезнетъ ли тогда грань между вмѣняемостью и невмѣняемостью, между наказаніемъ и мѣрами защиты? Вѣдь, и они реагируютъ на мотивы по своему, дѣйствуютъ сообразно съ своей индивидуальностью! Это возраженіе не разъ приводилось и индетерминистами, и даже ихъ противниками [96]), но оно отчасти неубѣдительно, отчасти же, не подрывая критикуемаго взгляда въ его основаніи, указываетъ лишь на необходимость его дополненія. Оно неубѣдительно, поскольку рѣчь

---

96) См. напр., Bar, II, 18; Gretener, 71, пр. 104 (впрочемъ, имѣя въ виду скорѣе матеріалистическій детерминизмъ), Liepmann, 94; Kohlrausch, op. с также находитъ, что, если наказываютъ человѣка за то, что онъ таковъ, то стирается черта, отдѣляющая вмѣняемыхъ отъ невмѣняемыхъ, послѣдніе тогда только высшая ступень неисправимыхъ преступниковъ; см. однако въ противоположномъ смыслѣ Allfeld, 71. Gretener основываетъ болѣе глубокую вину неисправимыхъ на свободѣ личности въ развитіи характера (89, 90 и Zurechn. im V. E 1910 г., 21, пр. 3). См. еще Mittermaier въ V. D. III, 326. Иногда возраженіе другого рода: отвѣтственность нельзя основывать на „я“ личности, такъ какъ оно постоянно измѣняется и той идентичности (identité personnelle), о которой говоритъ Тардъ, нѣтъ никогда (такъ Ferri, 446; Proal, 427, слѣд., см. еще Н. Н. Полянскій въ Русск. Мысли, 1905 г., XII, 115; Alimena, I, 171, прим.: „un criterio fallace“), см. однако выше мнѣнія Виндельбанда, Вундта и друг, см. еще Tarde, 120, 131.

идетъ о сумасшедшихъ или о дѣтяхъ, такъ какъ не тѣ, ни другія не могутъ быть разсматриваемы, какъ личность, и ихъ дѣянія, какъ проявленія опредѣленной психической основы. ея то и недостаетъ этимъ субъектамъ, у первыхъ она нарушена болѣзнью или временнымъ затемнѣніемъ сознанія; они реагируютъ на окружающее подъ вліяніемъ случайныхъ мотивовъ, способность переработки которыхъ сообразно своему „я“ отсутствуетъ, дѣяніе съ нимъ не связано, настроеніе мимолетно или же, если и вкоренилось глубже, то представляетъ болѣзненную трансформацію личности[97]), напр. у меланхолика, въ отличіе отъ привычнаго преступника, у котораго преступное настроеніе есть дальнѣйшее развитіе той же психической основы. Нѣтъ сложившейся личности и у малолѣтняго: сумма фактовъ его сознанія незначительна, способность переработки по своему впечатлѣній не развита, настроенія быстро смѣняются одно другимъ. Немотивированность рѣшенія и поведенія, абсолютная свобода скорѣе характеризуетъ именно невмѣняемыхъ. Есть впрочемъ одна категорія послѣднихъ, которая могла бы служить доводомъ въ пользу упомянутаго возраженія: это прирожденные невмѣняемые, кретины: отъ колыбели до могилы они остаются неизмѣнными въ своей психической основѣ, осуществляя идеалъ тождества личности, ихъ можно было бы, какъ остроумно замѣтилъ Листъ, признать образцомъ вмѣняемаго субъекта Это возраженіе устраняется тѣмъ *дополненіемъ основанія отвѣтственности*, которое предложено *Тардомъ*, именно *необходимостью* для нея *извѣстной степени соціальнаго сходства*, т. е сходства объектовъ оцѣнки съ оцѣнивающей ихъ средой[98]). Рядомъ интересныхъ аналогій Тардъ показываетъ, насколько степень осужденія и тяжесть отвѣтственности зависитъ отъ этого сходства. Наши сужденія о добрѣ и злѣ, какъ и сужденія о приличномъ и неприличномъ, прекрасномъ и отталкиваю-

---

97) См. Tarde, 155 и Bergson, 127, 128 („il se forme ici, au sein même du moi fondamental, un moi parasyte, qui empiètera continuellement sur l'autre“).

98) Tarde, 89. слѣд Alimena, Princip., I, 71, слѣд. См. еще Lilienthal, V. D., V, 18, слѣд

щемъ умѣстны только въ оцѣнкѣ поступковъ тѣхъ людей, которые близки къ нашему уровню развитія интеллектуальнаго, этическаго, эстетическаго и т. п. Справедливо говоритъ по этому поводу Листъ, что „такъ какъ мы можемъ только изъ нашего сознанія заключать къ сознанію другихъ людей, только изъ нашего способа реагировать заранѣе представить себѣ способъ реагировать у остальныхъ, сходство съ нами другого, его соотвѣтствіе съ абстрагированнымъ изъ нашего опыта типомъ, есть условіе вмѣненія“ [99]). Въ сущности *отсутствіе сходства съ такимъ типомъ, съ нормальной личностью* наблюдается и у дѣтей, и у другихъ указанныхъ выше лицъ, признаваемыхъ нынѣ невмѣняемыми, поэтому признакъ соціальнаго сходства, какъ отличающій способныхъ нести уголовную отвѣтственность отъ неспособныхъ, иногда признается для практическихъ цѣлей уголовнаго правосудія достаточнымъ и безъ приведеннаго ранѣе „тождества личности“ [100]), но для научнаго обоснованія отвѣтственности и для установленія на судѣ въ конкретномъ случаѣ тяжести вины и этотъ моментъ сохраняетъ свою цѣнность. Съ другой стороны, именно для разрѣшенія сомнительныхъ случаевъ судебной практики критерій соціальнаго сходства не представляется опредѣленнымъ, и возникаетъ вопросъ о степени этого сходства или же о болѣе точныхъ признакахъ нормальнаго типа, уклоненія отъ котораго устраняютъ возможность вмѣненія въ вину и отвѣтственности, вопросъ о признакахъ вмѣняемости.

---

99) Liszt, 168.

100) Такъ Alimena, l. c. „Il se désassimile en même temps, qu'il s'aliène“, говоритъ Тардъ (91) о лицѣ, впавшемъ въ помѣшательство. Противъ „similitude sociale“ Ferri, 444; Proal, 433 Полянскій, 119.

ГЛАВА VIII.

Вмѣняемость и обстоятельства, ее исключающія. Уменьшенная вмѣняемость. Вопросъ объ уголовной отвѣтственности юридическихъ лицъ.

I. Различныя опредѣленія вмѣняемости въ наукѣ и законодательствахъ. II. Признаки вмѣняемости (психологическій критерій). III. Обстоятельства, исключающія вмѣняемость: 1. душевныя болѣзни; 2. тяжкое помраченіе сознанія, въ частности вліяніе на вмѣняемость опьяненія; 3. психическое недоразвитіе. IV. Мѣры противъ невмѣняемыхъ, совершившихъ преступное дѣяніе. V. Actio libera in causa. VI. Вліяніе на вмѣняемость возраста. VII. Понятіе уменьшенной вмѣняемости и ея значеніе для отвѣтственности. VIII. Вопросъ объ уголовной отвѣтственности юридическихъ лицъ.

Литература: къ п. I и II, см. особенно указан. ad V предыдущ. главы. *Таганцевъ*, *Гретенеръ*, *Лиліенталь*, *Алимена*, *Манчини*, *Липманъ*; *Bar*, II, *Merkel-Liepmann*, *Кисилевъ*, *Сергѣевскій*, *Познышевъ*, выше, назван. сочин.; далѣе *Gretener*. Zurechnungsfahigkeit im V.E. 1910. *Windelband* въ M. Crim. psych., III, 1. *Rohland*. Sociologische Strafrechtslehre. 1911. *Frank* въ Reform, I, 232.—Къ п. III изъ курсовъ угол. права подробно *Таганцевъ*, *Познышевъ*, *Пусторослевъ* (тамъ же подробн. литерат. указанія), *Prins*, *Garraud*, I, *Vidal*; далѣе *Aschaffenburg*, Verbr. und seine Bekampf., *Vargha*, op. cit., IV; *Aschaffenburg* въ V. D., I; *Дриль*. Психофизич. типы, Юр. В. 1889 г. и Ученіе о преступности. 1912; изъ психіаторовъ *Краффтъ-Эбингъ*. Судебн. психопатологія (перев. съ нѣм.). *Сербскій* Судебн. психопатологія. II, 1900. *Ковалевскій*. Судебная психіатрія. 1902. *Hoche*. Handbuch d. gerichtl. Psychiatrie. 1909. *Cramer* Gerichtliche Psychiatrie. 1908. *Kraepelin*. Psychiatrie, особ. т. II, 1904. *Maudsley*. Le crime et la folie (франц. изд. 1891). *Dallemagne*. Pathologie de la volonté. — *Iuristisch-psychiatrische Grenzfragen*. 1903 (коллект. трудъ нѣмецк. ученыхъ). Объ *опьяненіи* см. еще статьи *Heimberger'a* и *Kohlrausch'a* въ Z. 32, о вліяніи алкоголя на личность и на развитіе преступности изъ обширной литературы можно указать: *Lentz*. De l'alcogolisme et de ses diverses manifestations. 1884 *Піонтковскій* въ Ж. М. Ю. 1903, № 4 (тамъ же литер. указанія). *Тарновскій* тамъ же, 1908, № 6; *Е. Кулишеръ* въ Трудахъ Юрид. Общ. при Петро-

град Универс., т. III, 1911 (докладъ и пренія) и въ „Русск. группа М. С.“, 1909 (докладъ Московскому Съѣзду группы и пренія), далѣе указан. выше труды по психіатріи и *Aschaffenburg* въ V. D. *Жижиленко.* Право, 1901, № 14 и 15 (отчетъ о Брюссельск. пенитенц. конгрессѣ). Литерат. о *дѣтской* преступности почти необозрима, см. указатель въ коллективномъ трудѣ подъ редакц. и изъ *семинарія* проф. *Гернета:* „Дѣти преступники“, 1912. Изъ старой литературы слѣдуетъ отмѣтить: *Богдановскій.* Молодые прест 1872. *Кистяковскій.* Молодые прест. 1878. *Таганцевъ.* Объ отвѣт. малолѣтн. по русск. праву. 1871; изъ новой — *Дриль.* Малолѣтніе преступники 1888 г. и выше назв. сочин. *Lenz.* Jugendstrafrecht. 1907. *Löffler.* Die Strafrechtiche Bahandlung Jugendlicher, 1908. *Ferriani.* Minderjahrige Verbrecher. 1896 (перев. съ итальянск.). *Lilienthal* въ V. D. V. *Люблинскій.* Очерки суда и наказанія въ Англіи. 1911. *Рубашева.* Особые суды для малолѣтнихъ и система борьбы съ дѣтской преступностью. 1912. Дальнѣйш указ. см. ниже, въ примѣчан — Къ ц. VII см особенно *Kahl* въ V D., I (тамъ же литер. указ.), *Gotschalk.* Materialien (матеріалы, собран. по поруч. М. С.) въ прилож. Mittheil. I. K V., XI; *Grasset.* Demifous et demi-responsables. 1910. *Люблинскій* назв. соч. и Международные Съѣзды; статьи *Kraepelin'a* и *Longard'a* въ M. Crim. psych., 1905 и 1907, *Хейфеца* въ Ж. М Ю. 1905. № 2.—Къ ц. VIII. *Mestre.* Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. 1899. *Hafter.* Delicts—und Straffahigkeit der Personenverbande. 1903. *Lilienthal* въ V. D. V.

I. Какъ было указано, *вмѣняемость есть способность личности быть субъектомъ вины и нести уголовную отвѣтственность. Вопросъ о послѣдней возникаетъ только въ отношеніи вмѣняемыхъ лицъ, только они годные субъекты преступнаго дѣянія.* Отсюда необходимость опредѣлить, въ чемъ заключается эта способность, каковы признаки вмѣняемости. Ни способность реагировать на мотивы сообразно съ своимъ „я“, ни „соціальное сходство“, ни оба эти признака вмѣстѣ не могутъ дать достаточныхъ указаній судебной практикѣ для рѣшенія вопроса о вмѣняемости, несмотря на всю ихъ цѣнность для обоснованія вины и отвѣтственности. Практика нуждается въ болѣе точныхъ и болѣе уловимыхъ признакахъ. Въ этомъ отношеніи небольшое преимущество представляютъ такія опредѣленія, какъ „нормальность“ личности (такъ Полетти) или какъ—довольно распространенное — „нормальная опредѣляемость мотивами“ (Листъ,

Принсъ, Ашаффенбургъ)[1] сейчасъ же возникаетъ снова вопросъ, какими чертами характеризуется эта нормальность, въ чемъ состоитъ нормальная опредѣляемость мотивами?

Извѣстная ненормальность, въ смыслѣ отклоненія отъ образа дѣйствія значительнаго большинства или въ смыслѣ иного реагированія на внѣшнія впечатлѣнія, чѣмъ это наблюдается у большинства усматривается нѣкоторыми у всякаго преступника[2]), другими у привычнаго преступника; пришлось бы признать невмѣняемыми или всѣхъ преступниковъ, или по крайней мѣрѣ послѣднихъ. Къ этому выводу (въ отношеніи неисправимыхъ) склонялся Листъ, въ своей Мюнхенской рѣчи (1896) и, если Лилиенталь[3]), пытается сохранить возможность ихъ отвѣтственности на томъ основаніи, что ненормальная опредѣляемость мотивами наблюдается у нихъ только въ тѣсной области тѣхъ преступленій, къ которымъ у нихъ создалась привычка-то на это можно возразить, что при совершеніи новаго однороднаго преступленія—явленіе наиболѣе частое—именно его и нельзя было бы вмѣнить въ вину; невмѣняемость ихъ была бы въ этой области; хотя современная психіатрія отвергаетъ частичное помѣшательство, видитъ въ немъ симптомъ общаго, и оставалось бы признать неисправимыхъ вообще невмѣняемыми. Въ этомъ отношеніи Листъ въ своей Мюнхенской рѣчи проявилъ больше послѣдовательности. Но разсматриваемое опредѣленіе вмѣняемости имѣетъ и другой недостатокъ: о нормальной опредѣляемости какими именно мотивами идетъ рѣчь? У самого Листа вмѣняемость пріобрѣла совершенно иное значеніе — способности личности къ мотивацiи наказаніемъ[4]), ея воспріимчивости къ испра-

---

1) Liszt въ Aufsatze, II, 214, особ. 219, въ Lehrb, 168, опущено „мотивами"; Prins, № 286; M. Mayer, Schuldh Handl., 70. Lilienthal, op. c., 21, склоненъ именно въ этомъ видѣть необходимое соціальное сходство, но находитъ опредѣленіе Листа все же нѣсколько неяснымъ. Номинальнымъ находитъ это опредѣленіе Frank, Reform, I, 233, пр. 2. Сходно съ Листомъ Liepmann, 105, невмѣняемость на лицо, когда душевное состояніе субъекта существенно отличается отъ абстрактнаго средняго поведенія людей, принадлежащихъ къ какой-либо культурѣ. См. еще объ опредѣленіяхъ Штаммлера и Виндельбанда, ищущихъ критерія вмѣняемости въ соціальномъ сходствѣ, у Liepmann'a, 95; Lilienthal'я, 19, 20.

2) См. выше, 194, пр. 36 (взглядъ Tesar'a), Vargha, I, 484.

3) Liszt, II, 220—229, Lilienthal, 25

4) Straffahigkeit вмѣсто Schuldfahigkeit Такъ и Radbruch, Z. XXIV, 333. Листъ имѣетъ въ виду возможность вліянія самого исполненія наказанія. Ср. Binding, Grundriss, 97, пр. 1, и Lilienthal, пр. 1 на 25 стр. Когда-то Feuerbach, на почвѣ своей теоріи психологическаго принужденія считалъ вмѣняемымъ того, кто способенъ реагировать на угрозу наказаніемъ, кто доступенъ устрашенію этой угрозой, см. при

вленію, или устрашенію. Неисправимые потому и сближаются съ невмѣняемыми, что они не реагируютъ на наказаніе. Но такая постановка вопроса о вмѣняемости возможна только, если въ наказаніи видѣть не болѣе, чѣмъ мѣру воздѣйствія на личность самого преступника, если исходить только изъ цѣлей спеціальнаго предупрежденія; далѣе, вмѣняемость въ моментъ совершенія преступнаго дѣянія не играла бы роли, а требовалась бы во время исполненія приговора, если бы преступникъ впалъ въ помѣшательство въ это время, онъ не подлежалъ бы отвѣтственности, хотя бы былъ психически здоровъ въ моментъ дѣянія, тогда какъ при нынѣ принятой точкѣ зрѣнія исполненіе приговора пріостанавливается до выздоровленія[5]). Впрочемъ, въ той же рѣчи, самъ Листъ постольку стоитъ на общей точкѣ зрѣнія, поскольку признаетъ нормально опредѣляемымъ, т. е. вмѣняемымъ всякаго зрѣлаго и душевно здороваго человѣка, находящагося въ состояніи непомраченнаго сознанія[6]).

Отмѣченная неопредѣленность можетъ быть отчасти устранена обозначеніемъ такихъ состояній личности, которыя исключаютъ степень соціальнаго сходства, необходимую для указанныхъ въ предыдущей главѣ оцѣночныхъ сужденій, посредствомъ *перечня* этихъ состояній психики.

мѣч. Mittermaier'a къ 14 изд. Lehrb. Feurbach'a, стр. 156. Нынѣ (Lehrb., 168) Листъ опредѣляетъ „вмѣняемость, какъ способность къ соціальному поведенію, т. е. къ поставленію цѣлей, соотвѣтствующихъ требованіямъ совмѣстной жизни людей въ государствѣ". Листъ понимаетъ это, какъ „способность къ соціальному приспособленію"; „гдѣ она отсутствуетъ вполнѣ или длительно, нѣтъ болѣе смысла стремиться къ мотивированью поставленіемъ мотивовъ, содержащихся въ угрозѣ наказаніемъ и въ исполненіи наказанія". О несовпаденіи различныхъ опредѣленій вмѣняемости у Листа и о неправильномъ опредѣленіи границы вмѣняемости и невмѣняемости Rohland, Sociolog. Strafrechtslehre, 60 и слѣд. (возможна соціальная приспособляемость душевно-больныхъ и ея отсутствіе у вмѣняемаго, напр. отшельника или мизантропа).

5) См. возраженія особенно у Birkmeyer'a, Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig? Gretener'a, Zurechn. (1897), 103, слѣд. и Rohland'a Sociolog. Strafrechtslehre, 65, слѣд. Гретенеръ указываетъ, что вмѣняемыми пришлось бы признать нѣкоторыхъ душевно-больныхъ, поддающихся устрашенію. См. по этому поводу также Ferri, 427. Rohland указываетъ на то, что вмѣняемость до пробы наказанія на преступникѣ была бы всегда сомнительной и что выраженіе „опредѣляемость" наводитъ на мысль о пассивности личности, тогда какъ она сама реагируетъ на мотивы. См. еще объ опредѣленіи Liszt'a, Liepmann, 99—102, Meyer-Allfeld, 125, пр. 15; 122, пр. 4. Finger, 235, Bar, II, 23.

6) Aufsätze, II, 219 и Lehrb. (1914), 168; такъ и Lammasch, 20.

Но такая, система неудовлетворительна[7]), вслѣдствіе возможности пробѣловъ по недосмотру и еще болѣе потому, что всякое новое открытіе въ области психіатріи дѣлаетъ ранѣе данный законодателемъ перечень неполнымъ. Эта неполнота ярко выступаетъ при разрѣшеніи вопроса о вмѣняемости на почвѣ кодексовъ, усвоившихъ такую систему: напр., французскаго, бельгійскаго, австрійскаго, нашего Улож. о наказ. Достаточно указать на то, что кромѣ малолѣтства французскій и бельгійскій кодексы упоминаютъ, какъ о причинѣ невмѣняемости, только о démence (безуміи), а бельгійскій еще о глухонѣмотѣ, и практикѣ остается при помощи искусственныхъ пріемовъ признавать невмѣняемость въ случаяхъ другихъ психическихъ разстройствъ, не объемлемыхъ постановленіями закона[8]). Недостаточнымъ представляется и болѣе полный перечень Улож. о нак.

Такимъ образомъ необходимо болѣе общимъ образомъ опредѣлить признаки вмѣняемости, или же невмѣняемости. Обобщенная формула можетъ быть основана на *біологическомъ критеріи:* различныя патологическія состоянія психики могутъ быть сведены къ опредѣленнымъ типамъ, которые обнимутъ все разнообразіе частныхъ проявленій этихъ состояній. Такой критерій принятъ швейцарскимъ предварит. проектомъ: обстоятельствами, исключающими вмѣняемость, признаются здѣсь слабоуміе, душевная болѣзнь и тяжкое помраченіе сознанія (§ 14). Несовершенство этого пріема состоитъ въ томъ, что весь вопросъ о вмѣняемости въ сущности передается однимъ экспертамъ, которые часто слишкомъ широко понимаютъ душевную болѣзнь или слабоуміе и склонны относить сюда и столь легкія уклоненія отъ нормальнаго психическаго состоянія, что для устраненія вмѣняемости, а съ нею и уголовной отвѣтственности нѣтъ основанія. При неустойчивости выводовъ экспертизы, при спорности діагноза, или недостаточной изслѣдованности даннаго вида болѣзненнаго состоянія, весьма важно взаимное пони-

---

7) См. объ этомъ Объясн. къ проекту Угол. Улож., 285, слѣд. и Gretener, op. c. § 8 и Zurechnungsfah. im V. E. (1910), § 3. Сергѣевскій, 205—207.

8) См. Garraud, I, №№ 254, 260; Prins, № 389.

маніе экспертовъ и судей, которымъ принадлежитъ рѣшеніе вопроса о вмѣняемости; и для судей это вопросъ не о медицинскомъ значеніи или названіи психической ненормальности обвиняемаго, а о томъ, лишаетъ ли она послѣдняго тѣхъ свойствъ, наличность которыхъ и существенна для уголовной отвѣтственности. Значеніе этого вопроса еще возрастаетъ, если данное законодательство признаетъ уменьшенную вмѣняемость, которая характеризуется, какъ серіозное ослабленіе этихъ свойствъ

II. Психическій уровень личности, при которомъ наши сужденія о ея винѣ и наше неодобреніе сохраняютъ смыслъ, долженъ заключаться въ духовныхъ способностяхъ, присущихъ среднему типу людей данной общественной среды, способностяхъ интеллекта и воли, существованіе которыхъ предполагаетъ правовая норма, обращаясь къ обществу со своими велѣніями и запретами. Лицо, стоящее ниже этого уровня, располагающее меньшей степенью соціальнаго сходства, не подлежитъ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія правовыхъ нормъ: оно, такъ сказать, несоизмѣримо съ окружающей общественной средой. Необходимо только ближе обозначить эти способности, чтобы получить *реальное* опредѣленіе вмѣняемости, т. е установить ея элементы. Въ настоящее время почти всѣ криминалисты, за исключеніемъ тѣхъ, которые отвергаютъ это понятіе, признаютъ, что *вмѣняемость состоитъ въ способности понимать свои поступки, т. е. ихъ фактическую сторону и связь съ послѣдствіями, и оцѣнивать ихъ правовое значеніе (интеллектуальный элементъ) и въ способности управлять своими поступками, или противопоставлять извнѣ получаемымъ мотивамъ сдерживающія представленія (волевой элементъ)* [9]). Этотъ *психологическій критерій* вмѣняемости,

9) Прежняя доктрина выдвигала интеллектуальную сторону; см., напр., Бернеръ (пер. Неклюдова), 77 (иначе Lehrb., § 41—съ присоедин. свободы воли; такъ особ. Kostlin, System, § 49; Halschner, § 92; Ortolan, I, № 306) и Janka-Kallina, § 46—1, между тѣмъ какъ психическое разстройство можетъ заключаться въ пораженіи волевыхъ центровъ, „психомоторнаго аппарата“ (см. ниже) Иногда же подчеркивается именно волевой элементъ вмѣняемости: Германск. кодексъ (§ 51) говоритъ, какъ о признакѣ послѣдней о свободномъ опредѣленіи воли, Итальянскій (§ 46)—о слабости умственныхъ способностей, лишающей

впервые предложенный въ нѣсколько иной, болѣе краткой редакціи Н. С. Таганцевымъ при составленіи проекта Угол. Улож., принятъ затѣмъ не только этимъ кодексомъ, но и Норвежскимъ, а также австрійскимъ проектомъ. Для лучшаго взаимнаго пониманія экспертовъ и судей этотъ критерій дополняется біологическимъ критеріемъ. Такимъ *смѣшаннымъ критеріемъ* пользуется и *наше Угол. Улож.*, постановленіе котораго о вмѣняемости (ст. 39) считается образцовымъ. Вотъ это постановленіе: „*Не вмѣняется въ вину дѣяніе, учиненное лицомъ, которое во время его совершенія не могло понимать свойство и значеніе совершаемаго или руководить своими поступками, вслѣдствіе болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности, безсознательнаго состоянія или умственнаго неразвитія, происходящаго отъ тѣлеснаго недостатка или болѣзни. О малолѣтствѣ*, какъ причинѣ невмѣняемости, Угол. Улож. говоритъ *въ особой статьѣ* (40). Было бы только точнѣе, если бы въ самомъ законѣ было указано, что рѣчь

сознанія или свободы дѣятельности. Хотя свобода не понимается здѣсь въ метафизич. смыслѣ (Alimena, Limiti, II, 91, Manzini, I, 249, Frank, Reform, 233), однако современные криминалисты стараются избѣгать выраженія „свобода волеопредѣленія“, въ виду связанныхъ съ нимъ представленій о liberum arbitrium, и даже слова „воля“, см. Frank въ Reform, I, 233, 234; самъ онъ принимаетъ формулировку волевой способности, предлагаемую Ванъ-Калькеромъ: „способность господства надъ стимуломъ къ совершенію дѣянія“, прибавляя или же „направлять свое поведеніе сообразно съ этимъ пониманіемъ“, т. е. пониманіемъ противоправности дѣянія. Н. Д. Сергѣевскій, 203, употребляетъ выраженіе: „способность принимать вообще всякаго рода въ словесной формѣ выраженныя положенія и формулы въ число реальныхъ мотивовъ своей дѣятельности“. См еще сходно съ текстомъ Merkel-Liepmann, 66; Meyer-Allfeld, 124. Lilienthal, V. D. V, 22—24, Познышевъ, 189, который, какъ и Лилиенталь, подробнѣе останавливается на характеристикѣ интеллектуальнаго элемента. Подробно и Liszt, 168, „вмѣняемость предполагаетъ, что субъектъ располагаетъ требуемымъ для соціальной полноцѣнности (Vollwertigkeit) богатствомъ представленій, что связываніе представленій происходитъ нормально и съ нормальной быстротой, что вліяніе представленій на область чувствъ (тонированіе представленій чувствами) и съ тѣмъ вмѣстѣ мотивирующая сила общихъ, правовыхъ, нравственныхъ и т. п. нормъ соотвѣтствуетъ среднему уровню, что направленіе и напряженіе волевыхъ импульсовъ не представляетъ ничего существенно анормальнаго“.

идетъ о *правовомъ*[10]) значеніи совершаемаго и если бы выраженіе „безсознательное состояніе“ было замѣнено другимъ „тяжкое помраченіе сознанія“[11]).

Улож. о нак., слѣдуя перечневой системѣ, кромѣ малолѣтства, упоминаетъ (ст. 95 — 98) о *слѣдующихъ* обстоятельствахъ, исключающихъ вмѣняемость: 1) безуміи отъ рожденія или сумасшествіи, 2) припадкѣ умоизступленія или совершенномъ безпамятствѣ, происходящихъ отъ болѣзни[12]), 3) потерѣ умственныхъ способностей отъ старости или дряхлости, 4) лунатизмѣ, 5) глухонѣмотѣ отъ рожденія или наступившей въ дѣтскомъ возрастѣ. Эти психическія состоянія исключаютъ вмѣняемость лишь постольку, поскольку лишаютъ обвиняемаго одной изъ его способностей, существенныхъ для вмѣняемости Улож. о нак. пользуется неполнымъ психологическимъ критеріемъ, именно интеллектуальной его стороной: такъ, невмѣняемость признается, если безумный, сумасшедшій, находящійся въ припадкѣ умоизступленія или же въ безпамятствѣ (что само собою разумѣется) не могли, по состоянію своему въ то время, имѣть понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія[13]); если глухо-нѣмой ни черезъ воспитаніе, ни черезъ сообщество съ другими не получилъ никакого понятія объ обязанностяхъ и законѣ; невмѣняемость лунатиковъ (сонноходцевъ) объясняется въ самомъ законѣ тѣмъ, что они въ припадкахъ своего нервнаго разстройства дѣйствуютъ безъ надлежащаго разумѣнія.

Кромѣ неполноты критерія и перечневой системы, недостатокъ Улож. о нак. состоитъ еще въ смѣшеніи причинъ невмѣняемости съ обстоятельствами, исключающими вину,

---

10) Такъ австр. правит. проектъ 1912, § 3: „способность понимать неправомѣрность (Unrecht) своего дѣянія или дѣйствовать сообразно съ этимъ пониманіемъ. Контръ-проектъ § 13: способность понимать наказуемость (Strafbarkeit).

11) Такъ швейц. проектъ § 14 (тяжкое нарушеніе сознанія); сходно австр. проектъ (§ 3) и GE. § 13.

12) „преступленія, учиненныя больнымъ въ точно доказанномъ припадкѣ умоизступленія“... (96 ст.).

13) Ст. 95. Этого не повторяетъ ст. 96, но гласитъ *„на томъ же основаніи* не вмѣняются“.

при совершеніи дѣянія вмѣняемымъ субъектомъ (случай, ошибка, принужденіе), или даже устраняющими противоправность (необходимая оборона); см. ст. 92.

III. Что касается симптомовъ и формъ тѣхъ психическихъ состояній, о которыхъ говорится въ Улож. о нак. и болѣе общимъ образомъ въ Уг. Улож, въ статьяхъ, посвященныхъ невмѣняемости, то это составляетъ область психіатріи, здѣсь же слѣдуетъ остановиться только на нѣкоторыхъ вопросахъ, представляющихъ особый интересъ для юриста и служащихъ къ ближайшему уясненію этихъ постановленій закона.

1. *Болѣзненное разстройство душевной дѣятельности* (ст. 39 Уг. Улож.)[14]). Эта формула обнимаетъ различныя душевныя болѣзни. Объ одномъ изъ видовъ—о старческомъ слабоуміи спеціально упоминаетъ Улож. о нак. (ст. 97), другіе виды подходятъ по этому Улож., подъ понятія сумасшествія (95 ст.), или же, если душевное разстройство имѣетъ преходящій характеръ[15]), подъ понятіе припадка умоизступленія, происходящаго отъ болѣзни (96 ст.).

Изъ видовъ психическихъ разстройствъ для уголовнаго права представляютъ интересъ

---

14) Признаніе безотвѣтственности душевно-больныхъ сдѣлалось прочнымъ достояніемъ науки и законодательствъ только въ XIX в. О наказаніи сумасшедшихъ въ XVIII в. говоритъ Myart de Vouglans (см. Garraud, I, 473, 474, который указываетъ на великую заслугу основателя судебной медицины Пинеля, повліявшаго на иную постановку вопроса въ Code pénal 1810 г.), то же случалось и у насъ въ эту эпоху (Таганцевъ, I, 456, пр. 3), хотя безотвѣтственность „бѣснаго“ за убійство установлена уже въ новоуказныхъ статьяхъ 1669 г. (ibid.) и Воинскомъ Артикулѣ (195 ст. при „воровствѣ въ лишеніи ума, хотя здѣсь говорится альтернативно и объ „умаленіи наказанія“, и ст. 164 —о самоубійствѣ въ безпамятствѣ). Римское право признавало душевно больного ненаказуемымъ („furiosi nulla voluntas est“, „fati infelicitas excusat“). См. Lilienthal, 7; Mommsen, 77. Древнее германское право едва ли считалось съ сумасшествіемъ; исключеніе составляетъ лонгобардское. Позднѣйшіе источники: Саксонское зерцало, Bambergensis, Carolina, невполнѣ исключаютъ возможность наказанія, каноническое право и итальянскіе юристы (Фаринацій) болѣе опредѣленно за ненаказуемость.

15) Таковы, напр., случаи stupor epilepticus и dementia primaria curabilis и mania transitoria, см. Сербскій, 211, Krafft-Ebing. Lehrb. d. Psychiatrie, 211.

a) *импульсивное помѣшательство*[16]), выражающееся въ болѣзненномъ пораженіи волевыхъ, задерживающихъ центровъ, безъ замѣтнаго поврежденія интеллектуальныхъ способностей. У субъекта обнаруживается непреодолимое влеченіе совершить какое-либо, въ томъ числѣ часто преступное дѣяніе безъ основанія къ этому, безъ какой-либо цѣли. Онъ сознаетъ недозволенность, ненадобность или преступность дѣянія, борется съ влеченіемъ, но не можетъ съ нимъ совладать[17]). Часто это помѣшательство проявляется въ формѣ постояннаго влеченія къ преступленіямъ опредѣленнаго вида, напр. сексуальнымъ, кражамъ, поджогамъ. Это такъ назыв. мономаніи (нимфоманія, эротоманія, клептоманія, пироманія и т. п.), или однопредметное помѣшательство. Но субъектъ остается невмѣняемымъ и при совершеніи другого преступленія, не относящагося къ предмету данной маніи, которой онъ подверженъ. Частичное помѣшательство, съ сохраненіемъ вмѣняемости въ другихъ отношеніяхъ, отвергается современной наукой[18]). Вслѣдствіе односторонности психологическаго критерія въ Улож о нак., импульсивное помѣшательство не вполнѣ укладывается въ рамки 95 ст., но объемлется 39-й ст. Угол. Ул., если, конечно, преступленіе, инкриминируемое лицу, страдающему этимъ психозомъ, предусмотрѣно Угол. Улож.

Возможность подведенія этого помѣшательства подъ 95 ст. сохраняется только, если признать неразложимость психическихъ явленій и интеллектъ затронутымъ и при этой формѣ душевнаго разстройства.

b) Важный для уголовнаго права вопросъ, существуетъ ли самостоятельная форма психическаго разстройства, выражающаяся въ отсутствіи нравственнаго чувства, т. назыв. *нравственное помѣшательство (moral insanity*, по англійскому психіатору первой половины XIX в. *Причарду)?*[19]). Оно проявляется, по мнѣнію сторонниковъ утвердительнаго рѣшенія этого вопроса, въ неспособности слѣдовать въ своихъ поступкахъ нравственнымъ принципамъ, хотя такіе субъекты и понимаютъ послѣдніе теоретически и даже стараются найти въ нихъ оправданіе своимъ поступкамъ. Иногда это прирожденное помѣша-

---

16) Сербскій, 281, Hoche, 528, Krapelin, 795, Joly, Crime, 347, слѣд.

17) Примѣромъ можетъ служить убійство, совершенное героемъ романа Zola „La bête humaine“. Krafft-Ebing, op. c, 85, находитъ здѣсь ненормальную возбудимость, „конвульсивность психомоторнаго аппарата, насколько здѣсь достаточно представленія quasi in statu nascendi, чтобы оно превратилось въ дѣйствіе, минуя волю и сознаніе.

18) Proal, 364 и цитируемые имъ французскіе психіаторы; Lilienthal, V. D. V, 31

19) Сербскій, 278; слѣд., Ковалевскій, 102; Krapelin, 816 слѣд., Hoche, 548 слѣд. Schaffer въ Jur.-Psych Grenzfragen, B. IV, H 4/6, Gaupp ibid., B. II, H. 1/2, стр 51. Joly, Crime, 345, слѣд.; Krafft-Ebing, 638, слѣд

тельство, проявляющееся въ раннемъ дѣтствѣ, въ школѣ; у такихъ дѣтей и отроковъ наблюдается крайній эгоизмъ, отсутствіе любви, благодарности и состраданія къ самымъ близкимъ лицамъ, лживость, жестокое отношеніе къ птицамъ, животнымъ, нежеланіе подчиняться какой бы то ни было дисциплинѣ, склонность къ праздности, половымъ эксцессамъ, бродяжеству. Иногда нравственное помѣшательство наступаетъ въ болѣе позднемъ возрастѣ и выражается въ полномъ пренебреженіи нравственныхъ началъ со стороны лицъ, до того отличавшихся совершенно другими чертами. Такъ какъ неспособность принимать въ руководство нравственныя требованія присуща и закоренѣлымъ преступникамъ, недалека возможность смѣшенія ихъ съ этой категоріей психически больныхъ и признанія такихъ преступниковъ невмѣняемыми [20]). Во избѣжаніе этого предлагаютъ обращаться къ клиническому изслѣдованію преступниковъ, у которыхъ подозрѣвается нравственное помѣшательство, для опредѣленія причинъ послѣдняго: онѣ заключаются въ вырожденіи и нѣкоторыхъ психическихъ заболѣваніяхъ, напр. травматическаго поврежденія головнаго мозга, эпилепсіи и т. д. Дегенеративные признаки и симптомы такихъ заболѣваній, напр., разстройство двигательныхъ функцій, и дадутъ точку опоры для признанія въ изслѣдуемомъ случаѣ наличности этого психоза (Краффтъ-Эбингъ). Но тогда въ сущности, говоритъ Hoche, онъ не составляетъ самостоятельной формы душевнаго разстройства, а есть слѣдствіе и также одинъ изъ симптомовъ другого психическаго заболѣванія, которое и служитъ основаніемъ невмѣняемости [21]) Что касается прирожденнаго нравственнаго помѣшательства на почвѣ дегенераціи и тяжкой наслѣдственности, то, повидимому, оно снова проявляется не самостоятельно, а въ соединеніи съ дефектами интеллектуальными и можетъ быть основаніемъ такъ называемой уменьшенной вмѣняемости: это извѣстная степень слабоумія, неспособность къ образованію высшихъ понятій [22]).

При душевныхъ болѣзняхъ иногда наступаетъ временное выздоровленіе, которое снова смѣняется рецидивомъ психическаго разстройства. *Въ эти свѣтлые промежутки* (*lucida intervalla*) *субъектъ* однако *остается невмѣняемымъ*, такъ какъ выздоровленіе только кажущееся, болѣзнь въ это время находится въ латентномъ (скрытомъ) состояніи. Со-

---

20) Ковалевскій, 97, полагаетъ, что они слабовольны и неспособны на серіозное преступленіе.

21) Hoche, 549, см. въ этомъ смыслѣ и Сербскій, l. c., Aschaffenburg, Verbrechen, 164; Таганцевъ, 453, слѣд., Prins, № 402.

22) Такъ Schaffer, l. c.; Krafft-Ebing, 641, указываетъ еще на недостаточную вѣрность репродукціи представленій.

вершенное въ такомъ промежуткѣ преступленіе не подлежитъ вмѣненію въ вину [23]).

2. *Безсознательное состояніе* исключаетъ вмѣняемость, вслѣдствіе отсутствія способности понимать свойство и значеніе совершаемаго. Улож. о нак. имѣетъ въ виду это состояніе только, если оно было слѣдствіемъ болѣзни. Такимъ образомъ не вмѣняются въ вину преступныя дѣянія совершенныя въ болѣзненномъ бреду, въ горячкѣ, въ эпилептическомъ трансѣ, въ состояніи сомнамбулизма, о которомъ Улож. о нак. упоминаетъ въ особой статьѣ. Но оно не предусматриваетъ случаевъ безсознательнаго состоянія, происходящаго не отъ болѣзни, а напр., отъ отравленія одуряющими веществами —алкоголемъ, гашишемъ, опіумомъ, или отъ гипноза, или во время сна и просонковъ. Другой недостатокъ Улож. о нак., общій съ Угол. Улож., что принимается во вниманіе полное „безпамятство", отсутствіе сознанія, тогда какъ вмѣняемость исключается и при сильномъ помраченіи сознанія; преступленія, требующія извѣстной дѣятельности человѣка, напр. убійство, изнасилованіе, мыслимы именно при нѣкоторой степени сознанія. хотя бы и помраченнаго, въ безсознательномъ состояніи человѣкъ вообще инертенъ и можетъ совершить развѣ только преступное упущеніе, не выполнить какой-либо обязанности. Болѣе точно выражаются швейцарскій и австрійскій проекты (см выше).

Изъ относящихся сюда случаевъ особенно важны тѣ, которые вызываются опьяненіемъ и затѣмъ случаи *патологическаго аффекта* [24]). Послѣдній исключаетъ вмѣняемость и по Ул. о нак., какъ совершенное безпамятство, точнѣе тяжкое помраченіе сознанія имѣющее въ основѣ болѣзненное предрасположеніе субъекта, напр. сильно повышенную нервную возбудимость на почвѣ серіозныхъ нервныхъ болѣзней, перенесенныхъ прежде, или вырожденія и тяжкой наслѣд-

---

23) Krafft-Ebing, Lehrb d. Psychiatrie, 1903, стр. 432; Ковалевскій, 49, 50, невмѣняемость онъ признаетъ и въ періоды кажущагося выздоровленія при folie circulaire (Фальре). Contra Prins, № 405 и Сербскій, 306, при значительныхъ промежуткахъ при отсутствіи въ это время признаковъ слабоумія и другихъ рѣзкихъ психическихъ аномалій

24) Hoche, 472, слѣд: Сербскій, 64, 65

ственности, или алкоголизма. Только въ связи съ этими данными и представляется обыкновенно возможнымъ констатировать патологическій аффектъ, признаки котораго трудно уловимы. Такими признаками считаютъ рѣзкое мгновенное измѣненіе цвѣта лица и выраженія глазъ, что доступно наблюденію компетентнаго очевидца дѣянія развѣ лишь въ видѣ рѣдкаго исключенія, далѣе немотивированность поведенія послѣ дѣянія—преступникъ, напр., оказывается спящимъ на мѣстѣ преступленія рядомъ съ жертвой—и амнезію, т. е. утрату воспоминанія о совершенномъ немедленно послѣ преступленія. Но въ этомъ отношеніи слѣдуетъ остерегаться симуляціи. *Патологическій*[25]) аффектъ объемлется 96 ст. Улож. о нак.[26]).

Что касается помраченія сознанія алкоголемъ, то достигнувъ сильной степени *(полнаго опьянения), оно должно исключать вмѣняемость*[26a]). *Такъ разрѣшается этотъ вопросъ на основ. 39-й ст. Уг. Ул. — это безсознательное состояніе*[27]). Не столь опредѣленное рѣшеніе получается на почвѣ постановленій Улож. о нак. *Изъ 106 ст Ул. о нак. вытекаетъ, что опьяненіе само по себѣ отражается на отвѣтственности только въ томъ случаѣ, если виновный привелъ себя въ это состояніе именно съ намѣреньемъ совершить данное преступное дѣяніе; въ этомъ случаѣ опредѣляется высшая мѣра наказанія, въ другихъ же мѣра послѣдняго назначается по другимъ обстоятельствамъ дѣла.* Впрочемъ, въ особенной части Улож. о нак., какъ и Угол. Ул., *опьяненіе разсматривается при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ, какъ смягчающее обстоятельство*, напр., при оскорбленіи должностного лица (286 ст. Улож. о нак.),

---

25) Отъ патологическаго аффекта нужно отличать физіологическій, „запальчивость и раздраженіе“ нашего Ул. о нак; послѣдній вліяетъ только на смягченіе наказанія. См. ст. 134, п. 5, 1455 ч. 2 Ул. о нак, 13 ст. п. 2 Уст. о нак.

26) Ср. Таганцевъ, I, 471. „Улож. 1845 ничего не говоритъ объ аффектахъ патологическихъ“.

26a) Такъ уже Неклюдовъ добавл. къ учебн. Бернера, 384, слѣд. и изъ старыхъ кодексовъ австрійскій.

27) Объясненія къ проекту Угол. Ул., I, 325.

при поврежденіи указовъ (275 ст. Ул. о нак.)[28]). *Если дѣяніе учинено въ припадкѣ умоизступленія, происходящемъ на почвѣ алкоголическихъ психозовъ*—delirium tremens (бѣлой горячки), dipsomania (запоя)[29]) и т. п., то *невмѣняемость основывается на 96 ст. Ул. о нак.*[30]). Но въ *другихъ случаяхъ* полнаго опьяненія, 96 ст. могла бы примѣняться при распространеніи содержащагося въ ней принципа по аналогіи, что̀ in favorem defensionis не должно бы встрѣчать препятствія и въ уголовномъ правѣ (см. выше стр. 52), такъ какъ центръ тяжести постановленія 96 ст. лежитъ въ словѣ „безпамятство“: это причина невмѣняемости субъекта, слово „больнымъ“ не имѣетъ существеннаго значенія, указывая только на одинъ изъ источниковъ безпамятства. Можно, впрочемъ, въ полномъ омраченіи сознанія алкоголемъ, даже не на почвѣ упомянутыхъ психическихъ заболѣваній, видѣть болѣзненное разстройство психики[31]), или же наконецъ выводить безотвѣтственность изъ несовмѣстимости вины умышленной или неосторожной съ полнымъ опьяненіемъ, такъ что-предпринимаемое въ этомъ состояніи дѣяніе представляется случайнымъ[32]) (93 ст. Улож. о нак.). *Практика нашего Сената* и нѣкоторые криминалисты противоположнаго взгляда: *опьяненіе не исключаетъ вмѣняемости*[33]).

Значеніе полнаго опьяненія не измѣняется отъ того, что субъектъ напился сознательно или благодаря своей не-

---

28) Для смягченія наказанія достаточно и неполнаго опьяненія. Такое же вліяніе имѣетъ оно, согласно Угол. Улож., при заочномъ laesio majestatis (см. ст. 103), при богохуленіи, кощунствѣ (73, 74 ст.). По Своду, опьяненіе было общимъ смягчающимъ обстоятельствомъ. Смягчало наказаніе при убійствѣ „пьянымъ дѣломъ“ и Соборн. Улож. См. Неклюдовъ, 382.

29) См указ. руковод. по психопатологіи; особенно много данныхъ у Cramer'a

30) Рѣш. 1868 г. № 86 и 1873 г. № 739.

31) Такъ Ковалевскій, Ж. Гр. 1879, кн. 4, 28, слѣд., особ. 42, Познышевъ, 255. Ср. Bar, II, 120 (transitorische geistige Erkankung).

32) Такъ Лохвицкій, 117, 118, предлагая примѣненіе общаго смысла статей Улож. о нак., говорящихъ о невмѣняемости; Garraud, I, 514 (вопросъ объ опьяненіи заключается въ общемъ вопросѣ о виновности, поставляемомъ присяжнымъ). Въ послѣднемъ смыслѣ и Таганцевъ, I, 468.

33) Объясненія, I, 325, Сергѣевскій, 223, Пусторослевъ, 239.

осторожности[34]): эта вина не охватываетъ дѣянія, совершеннаго въ состояніи тяжко омраченнаго алкоголемъ сознанія. Если бы даже субъектъ могъ предвидѣть, что опьяненіе поведетъ къ преступленію, напр., зная по опыту вліяніе на него алкоголя, то этого недостаточно для вмѣненія въ неосторожность впослѣдствіи совершеннаго преступленія, такъ какъ для этого требуется возможность предвидѣнья именно происшедшаго результата, а не какого-бы то ни было, напр., насилія вообще[35]). Желаніе такимъ путемъ усилить репрессію „пьянаго" деликта противорѣчитъ общимъ основаніямъ вмѣненія и во многихъ случаяхъ не достига-

---

34) Такъ Таганцевъ, I, 466 Объясненія къ проекту Угол. Ул., 325 Познышевъ, 254 Противоположнаго взгляда придерживаются французскіе и итальянскіе криминалисты (См. Garraud, I, 515, слѣд.; Vidal, 288, слѣд.; Prins, №№ 408, 409; Manzini, II, № 362, слѣд., и особенно Alimena, I limiti, II, 230. слѣд.) и итальянское законодательство· только случайное опьяненіе исключаетъ вмѣняемость, напр., вслѣдствіе незнанія субъекта о вліяніи на него и незначительной доли алкоголя или вслѣдствіе злонамѣренной его подмѣси въ напитокъ другими, безъ вѣдома пьющаго, напротивъ, опьяненіе вслѣдствіе чрезмѣрнаго потребленія алкоголя, разсматривается, какъ ubbriachezza volontaria, именно, какъ видъ его, неосторожное опьяненіе, и вызываетъ смягченіе наказанія. Справедливо однако замѣчаніе Kohlrausch'a (Z, 32, стр. 648), что чрезмѣрное потребленіе алкогольнаго напитка происходитъ постепенно, въ процессѣ самого потребленія, незамѣтно для пьющаго, что рѣдки случаи, когда человѣкъ, приступая къ напитку хочетъ напиться или предвидитъ, что на этотъ разъ дойдетъ до опьяненія; вина въ чрезмѣрномъ потребленіи относилась бы къ тому моменту, когда сознаніе уже омрачено, воля подавлена.

35) За вмѣненіе въ неосторожность причиненныхъ послѣдствій прежняя доктрина (см. у Binding'a, Grundriss, 103), Спасовичъ, 124, Кистяковскій, § 254, Bar, II, 120, 121, Heimberger, Z. 32, стр. 568 и итальянскіе и французскіе криминалисты, см. пред примѣч.). Иногда указываютъ на то, что въ состояніи опьяненія у человѣка ярче сказываются его склонности, его обычныя черты—in vino veritas (такъ Garofalo, 315, Bar, l. c.), поэтому готовы наказывать и за умышленное совершеніе деликта несмотря на опьяненіе; извѣстную роль при рѣшеніи вопроса играетъ также привлеченіе принципа, вѣрнаго лишь въ отношеніи actio libera in causa, и игнорированье въ отдѣльныхъ случаяхъ степени опьяненія. Въ новѣйшее время за вмѣненіе въ неосторожность герман. V. E. § 64. Противъ Binding, l. c. и GS. 77, стр. 36; авторы GE см. Begründung, 14—16; Kohlrausch, 654, слѣд., Frank, Reform, I, 247.

етъ цѣли, такъ какъ рядъ преступленій не допускаетъ совершенія по неосторожности[35a]), напр.: обида, изнасилованіе, сопротивленіе власти; къ тому же наказаніе въ качествѣ мѣры борьбы съ привычнымъ пьянствомъ не можетъ принести пользы; если же это единичный случай опьяненія, наказаніе, не будучи при отсутствіи вмѣняемости справедливымъ, не будетъ служить и цѣлямъ спеціальнаго предупрежденія, которое здѣсь неумѣстно[36]) Сомнительна также польза примѣненія наказанія при полномъ опьяненіи, если карать самый фактъ приведенія себя въ это состояніе, а преступное дѣяніе, имъ вызванное, разсматривать только какъ условіе наказуемости, безотносительно къ свойству, т. е. составу этого дѣянія[37]).

Другой вопросъ, какимъ образомъ бороться съ пьянствомъ, которое часто служитъ источникомъ преступленія, не только вліяя на общее психическое состояніе личности или на отдѣльное преступное ея проявленіе, но и создавая условія, благопріятныя для развитія преступности, напр.: разореніе, нищету, разстройство семьи, вырожденіе потомства[38]). Это вопросъ не уголовной или во всякомъ случаѣ

35a) За особое наказаніе въ случаѣ совершенія и *такихъ* деликтовъ при неосторожномъ приведеніи себя въ опьяненіе Heimberger 571, 572.

36) Правильно Vidal, 285, слѣд. Contra Prins, № 409-bis; Bar, l. c., расчитывающій на воспитаніе характера Что наказаніе не есть универсальное средство и Frank, op. c., 254.

37) Такъ австр. проектъ и контръ-проектъ Листа и др. (Begrund., l. c.)· тюрьма до 6 мѣс., если послѣдствіемъ добровольнаго опьяненія— по неосторожности или сознательно вызваннаго — было совершеніе преступленія или проступка (въ технич. смыслѣ, въ отличіе отъ „нарушенія"). За эту конструкцію Frank, 252, Kohlrausch, 661 и 658, въ итогѣ и Lilienthal, V. D. V, 85, и, повидимому, Heimberger въ указ. статьѣ; далѣе Vidal, 290.

38) Статистическія данныя о совершеніи преступленій въ состояніи опьяненія въ Россіи, собираніе которыхъ далеко отъ совершенства, показываютъ сравнительно небольшой общій % такихъ случаевъ съ 1904 по 1909 г.—10,9% за 1904—1907 г. и 11,4% за 1907—1909, изъ числа преступленій, совершенныхъ въ опьяненіи, наибольшій % падаетъ на религіозныя (63,1) и государственныя (34,4), оскорбленіе власти (18,3) и противъ личности (9—12%), по дѣламъ мировыхъ учрежденій послѣднія преступныя дѣянія даютъ 22,4% значительный %

не только уголовной политики, но и соціальной Практикуемыя въ отношеніи алкоголиковъ, совершившихъ преступленіе, мѣры [39]), какъ запретъ посѣщенія питейныхъ заведеній, сверхъ наказанія, помѣщеніе въ особыя заведенія для алкоголиковъ, сверхъ или вмѣсто наказанія, далѣе наказаніе за публичное появленіе въ пьяномъ видѣ, хотя бы не было совершено преступленіе [40]), могутъ принести нѣкоторую пользу, но все же это только паллиативъ; эти мѣры не

падаетъ на кражу (15,2), растрату (17,9) и особенно большой на прошеніе милостыни (35,8); большій % случаевъ пьянаго деликта падаетъ на мужчинъ, чѣмъ на женщинъ (вдвое). Сходныя данныя для Франціи и Бельгіи, хотя это сравненіе сильно проигрываетъ, въ виду неоднородности матеріала, зависящей отъ различія въ постановленіяхъ законодательства (см. обо всемъ Тарновскій въ Ж. М. Ю. 1913 г. № 2; и его же статью въ Ж. М. Ю. 1908 г. № 6). Но связь между потребленіемъ алкоголя и преступностью ярче выступаетъ изъ такихъ фактовъ, какъ увеличеніе числа преступленій въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ наблюдается бо́льшее душевое потребленіе алкоголя, и въ тѣ дни недѣли, на которые выпадаютъ праздники (см. у Тарновскаго въ указ. соч., у проф. Піонтковскаго Ж. М. Ю. 1903 г., № 4 у Кулишера въ докладѣ Московск. Съѣзду у русск. группы М. С., 1909, стр. 154. Если принять во вниманіе посредственное вліяніе алкоголизма на преступность, въ частности общее пониженіе психическаго уровня у привычныхъ пьяницъ, % преступленій, обязанныхъ своимъ происхожденіемъ этому бичу человѣчества, становится очень высокимъ: по вычисленіямъ Кроля и Григорьева для Россіи около 45% (см. у Піонтковскаго, ор. с., 8; тамъ же и у Aschaffenburg'a, Verbrechen..., 55, слѣд., Vidal'я, 288, еще болѣе неблагопріятные выводы, особенно въ отношеніи связи алкоголизма съ бродяжествомъ, нищенствомъ и преступленіями противъ личности, по даннымъ, относящимся къ другимъ странамъ). О преступности дѣтей алкоголиковъ см. проф. Дриль въ преніяхъ Москов. Съѣзда 1909 г. стр. 163.

39) См объ этомъ въ матеріалахъ Будапештскаго пенитенц. конгресса (резолюціи послѣдняго у проф. Люблинскаго, Межд. Съѣзды, 232, 230) и въ указ. статьяхъ Frank'a (Reform, I), Kohlrausch'a, Heimberger'a (Z., 32), далѣе Люблинскій, Очерки суда и т. д. 638, слѣд., Жижиленко, Наказаніе, 323.

40) Такъ франц. законъ 23 янв. 1873 г., Итальянск. кодексъ, ст. 48; Высочайше утвержден. Положеніе Совѣта Министровъ отъ 10 іюля 1915 г (Собр. узак 16 іюля 1915 г. № 204, отд. I, ст. 1604—VII) караетъ за „появленіе въ публичномъ мѣстѣ въ состояніи яснаго опьяненія“ арестомъ отъ 7 дн. до 2 нед. или пеней, 25—50 руб при рецидивѣ 2 нед.—1 м., 50—100 р., въ 3-й разъ—1—3 мѣс. или 100—300 руб.

относятся къ массѣ пьяницъ, не впавшихъ въ преступленіе, предающихся этому пороку дома и остающихся внѣ полицейскаго и судебнаго воздѣйствія. Запрещеніе особенно распространеннаго въ данной странѣ напитка, напр., у насъ водки, далѣе поднятіе общаго культурнаго уровня населенія, развитіе полезныхъ развлеченій для народной массы представляются гораздо болѣе вѣрнымъ средствомъ борьбы съ алкоголизмомъ и однимъ изъ его послѣдствій—„пьянымъ“ деликтомъ.

Особый вопросъ составляетъ вліяніе на уголовную отвѣтственность тѣхъ психическихъ дефектовъ, которые сопровождаютъ привычное пьянство, но не достигаютъ степени психопатіи и могутъ также быть источникомъ преступныхъ дѣяній, совершаемыхъ въ состояніи трезвомъ, однако же невполнѣ нормальномъ, въ состояніи уменьшенной вмѣняемости? См. объ этомъ ниже.

Если опьяненіе признано полнымъ, то выше указанное положеніе о невмѣняемости субъекта, съ точки зрѣнія науки, должно бы сохранить свое значеніе даже въ случаѣ, о. которомъ противоположное постановленіе содержитъ 106 ст. Ул. о нак. Если задуманное трезвымъ человѣкомъ преступное дѣяніе выполнено имъ при тяжкомъ алкогольномъ помраченіи сознанія[41]), то, хотя бы онъ и привелъ себя въ это состояніе именно для этой цѣли, совпаденіе задуманнаго и происшедшаго было бы случайнымъ, если допустить, что оно вообще возможно[42]). Скорѣе, это совпаденіе послужитъ доказательствомъ, что опьяненіе не было полнымъ, что субъектъ сохранялъ сознаніе окружающаго[43]). Но и въ такомъ случаѣ нельзя одобрить усиленіе наказанія, какъ постановлено въ 106 ст.: съ одной стороны, и неполное опьяненіе отражается на волѣ и представленіяхъ лица,

---

41) Въ этихъ случаяхъ, въ отличіе отъ приводимыхъ ниже actiones liberae in causa, волевой актъ, разражающійся преступнымъ дѣяніемъ, предпринимается въ состояніи невмѣняемости.

42) Такъ и Объясненія къ проекту, со ссылками на Halschner'a, Lainé, Geib'a, I, 326, 327, Таганцевъ, I, 470; Познышевъ, 254; Lilienthal V. D. V, 36, сходно Garraud, I, 517—519.

43) Garraud, 519, Bar, II, 119, ср. выше прим. и слѣд. прим.

съ другой стороны, если для выполненія преступнаго замысла оказалось нужнымъ искусственно подавить сдерживающія представленія, подбодрить настроеніе, послѣднее менѣе устойчиво, и вина, скорѣе, меньше[44]).

Если опьяненіе не вызвало той степени помраченія сознанія, при которой лицо не можетъ „понимать свойство и значеніе совершаемаго и руководить своими поступками", вмѣняемость сохраняется[45]).

3. *Умственное недоразвитіе* устраняетъ вмѣняемость, если оно вызвано малолѣтствомъ, о чемъ наши Уложенія говорятъ отдѣльно, или же тѣлеснымъ недостаткомъ или болѣзнью. Подъ болѣзнью влекущей такое неразвитіе законъ разумѣетъ идіотизмъ[47]) или, по терминологіи Улож. о нак., безуміе отъ рожденія. *Идіотизмъ* различается въ психіатріи нѣсколькихъ степеней[48]), онъ долженъ быть во всякомъ случаѣ такимъ, чтобы исключать психологическій критерій вмѣняемости. Недостаточно глупости, невѣжества или легкомыслія; эта степень неразвитія можетъ вліять только на

---

44) Такъ Неклюдовъ, добавл. къ Учеб. Бернера, 388, указывающ на то, что сходное со 106 ст. постановленіе содержалось въ Воинск. Артик. Таганцевъ, I, 469. Итальянскій и Норвежескій кодексы, предусматривающіе этотъ случай, опредѣляютъ обыкновенное наказаніе. Ср. еще Bar, II, 121 (за всю „строгость закона"), повидимому въ случаѣ неполнаго опьяненія; онъ ссылается на Дамгудера и Карпцова.

45) Относительно наказуемости въ этихъ случаяхъ Петроград. пенитенц. конгрессъ высказался въ томъ смыслѣ, что неполное опьяненіе само по себѣ не должно ни смягчать, ни увеличивать наказанія. Смягчающимъ обстоятельствомъ признаютъ *такое* опьяненіе Итальянск. кодексъ и нѣкоторые криминалисты Garraud, I, 514; Merkel (Merkel-Liepm., 79), см. еще Garçon, art. 64, № 29.

46) См. Ковалевскій, 83—97; Сербскій, 423—433; Krafft-Ebing, 625 слѣд. Идіотизмъ можетъ быть прирожденнымъ или же пріобрѣтеннымъ въ раннемъ дѣтствѣ, напр., въ результатѣ травматическихъ поврежденій черепа; но идіотизмъ слѣдуетъ отличать отъ слабоумія на почвѣ другихъ психозовъ, представляющаго сумасшествіе (95 ст. Ул. о нак.); см. Ковалевскій № 78.

47) Такъ Krafft-Ebing, Ковалевскій. Видъ идіотизма кретинизмъ, связанный съ болѣзнью щитовидной желѣзы (эндемическая болѣзнь нѣкоторыхъ мѣстностей, напр., мѣстами въ Альпахъ). Сербскій различаетъ идіотизмъ, тупоуміе и полутупоуміе. Идіоты съ большей степенью развитія носятъ названіе матоидовъ.

смягченіе наказанія (ст. 134 4, Улож. о нак.). Идіоты проявляютъ неспособность къ связному мышленію даже самаго элементарнаго характера, къ усвоенію простыхъ понятій близки по своему умственному развитію къ животнымъ, иногда же (тупоумные) годны для выполненія простѣйшихъ; работъ, напр, пасти скотъ, переносить тяжести и т. п., даже быть переписчиками. Для установленія тупоумія требуется клиническое наблюденіе; важное значеніе имѣютъ анатомическіе признаки, наслѣдственность и т. д.

Тѣлесный недостатокъ, упоминаемый Уг. Улож.,— *глухонѣмота*[48]), конечно, если она повела къ такому умственному неразвитію, что исключается психологическій критерій вмѣняемости. Глухонѣмые, получившіе извѣстное воспитаніе въ учрежденіяхъ для глухонѣмыхъ или же утратившіе слухъ и языкъ позже, когда они уже достигли развитія, вмѣняемы[49]). Съ этой оговоркой, глухонѣмоту включаетъ въ число причинъ невмѣняемости Улож. о нак. (ст. 98).

Не имѣетъ значенія, по нашему праву, умственное неразвитіе, хотя бы устраняющее психологическій критерій, если оно вызвано другими причинами, напр., полной дикостью[50]): дикарь, привезенный въ Россію и совершившій преступленіе, значеніе котораго не могъ понять, подлежитъ отвѣтственности, хотя отсутствіе и минимальной степени соціальнаго сходства должно было бы исключать послѣднюю[51]).

Наше законодательство, какъ и иностранныя, исходитъ изъ предположенія, что совершившій преступленіе вмѣняемый субъектъ, и на случаи невмѣняемости смотритъ, какъ на исключеніе. Эта точка зрѣнія выражается въ томъ, что законодательства содержатъ постановленія не о признакахъ вмѣняемости, а объ обстоятельствахъ ее устраняющихъ—отрицательное опредѣленіе. Отсюда однако не вытекаетъ, что

---

48) См. Сербскій, 434. Иногда нѣмота или отсутствіе рѣчи симптомъ идіотизма. См. еще Krafft-Ebing, 100.

49) Но и они бываютъ склонны къ аффектамъ.

50) Вполнѣ правильное теоретически противоположное мнѣніе Н. С. Таганцева (444), высказанное до введенія въ дѣйствіе Угол. Ул., исключается текстомъ 39-й ст. (слова „происходящаго отъ болѣзни“).

51) Въ этомъ смыслѣ Liepmann, Einl, 104.

изслѣдованіе вопроса о вмѣняемости можетъ быть произведено только по иниціативѣ представителя обвиняемаго—защитника, или самого обвиняемаго, какъ возраженіе противъ уголовнаго иска—обвиненія; напротивъ, самъ судъ, или въ предварительной стадіи судебный слѣдователь, или даже прокуратура должны ex officio приступить къ изслѣдованію состоянія обвиняемаго, если возникаетъ сомнѣніе о вмѣняемости, такъ какъ въ уголовномъ дѣлѣ затронутъ публичный интересъ. Указанное выше предположеніе имѣетъ лишь тотъ смыслъ, что изслѣдованіе по вопросу о вмѣняемости не производится по каждому дѣлу, а лишь въ случаѣ наличности слѣдственнаго матеріала, дающаго извѣстныя указанія на возможность невмѣняемости [52]).

IV. Вмѣняемость должна относиться къ моменту дѣянія. Кажущееся изъятіе изъ этого положенія составляютъ случаи такъ назыв. *actio libera in causa*, когда преступное поведеніе совпадаетъ съ состояніемъ невмѣняемости, въ которое привелъ себя субъектъ. Обычно приводимые примѣры этого рода: мать легла спать вмѣстѣ съ грудным ребенкомъ и во снѣ его задавила, сторожъ не перевелъ стрѣлки, заснувши или напившись до безчувствія предъ приходомъ поѣзда, который и потерпѣлъ крушеніе. Наступившее послѣдствіе однако вмѣняется субъекту въ вину умышленную, если онъ желалъ преступнаго результата, или въ неосторожную, если онъ могъ и долженъ былъ послѣдній предвидѣть: *въ этихъ случаяхъ дѣяніе должно быть отнесено къ болѣе раннему моменту, предшествовавшему наступленію сна или иного безсознательнаго состоянія; уже тогда виновнымъ образомъ было создано положеніе, повлекшее преступное послѣдствіе, и состояніе невмѣняемости представляется только однимъ изъ звеньевъ причинности, приведенной въ движеніе лицомъ вмѣняемымъ, однимъ изъ способовъ умышленнаго или неосторожнаго совершенія.* Въ отличіе отъ случаевъ, упомянутыхъ выше

---

52) Manzini, Dell'imputabilità, 26, находитъ желательнымъ, чтобы изслѣдованіе о невмѣняемости производилось всегда, когда угрожаетъ пожизненное наказаніе, а также въ дѣлахъ о привычныхъ преступникахъ.—Порядокъ изслѣдованія опредѣляется процессуальнымъ правомъ, см. ст. 356 Уст. Угол. Суд.

(стр. 239), субъектъ не разсчитываетъ здѣсь на дальнѣйшую собственную дѣятельность, какъ на средство достиженія цѣли, а имѣетъ въ виду или собственное полное бездѣйствіе, пассивность безсознательнаго состоянія, или же возможныя при послѣднемъ чисто рефлекторныя движенія, подъ которыя подпадетъ опредѣленный объектъ (ребенокъ въ приведенномъ примѣрѣ); никакого дальнѣйшаго своего акта рѣшимости приводящій себя въ такое состояніе не предполагаетъ[53]).

V. Признаніе лица, совершившаго преступное дѣяніе, невмѣняемымъ, ведетъ къ прекращенію судебнаго преслѣдованія, если же дѣло дошло до разбирательства на судѣ, до судебнаго слѣдствія, то къ постановленію оправдательнаго приговора. Невмѣняемость, относящаяся не къ моменту дѣянія, а наступившая послѣ, вызываетъ пріостановленіе уголовнаго преслѣдованія или же исполненія обвинительнаго приговора, если онъ уже постановленъ.

Но и при оправданіи невмѣняемаго можетъ оказаться необходимымъ, въ виду представляемой имъ опасности, принять превентивную мѣру. Такой мѣрой можетъ быть признано только помѣщеніе въ психіатрическое заведеніе. Психіаторы и юристы часто находятъ цѣлесообразнымъ устройство для такихъ невмѣняемыхъ особыхъ заведеній (manicomio criminale)[54]), въ цѣляхъ облегченія надзора за ними и въ виду неудобства ихъ пребыванія среди другихъ душевно-больныхъ. Эти соображенія примѣнимы скорѣе ко всѣмъ опаснымъ психопатамъ, независимо отъ совершенія преступнаго дѣянія. Послѣднее можетъ быть симптомомъ опасности, но не единственнымъ. Конечно, тяжесть престу-

---

53) Такъ communis opinio, напр., Таганцевъ, 479—482; Сергѣевскій, 225, 226; Binding, Norm, II, 195—201; Liszt, 170, Bar, II, § 48, Frank, 118, Manzini, II, 82. Итальянскій кодексъ особо упоминаетъ (ст. 48) о приведеніи себя въ состояніе опьяненія, чтобы впослѣдствіи сослаться на невмѣняемость при обвиненіи въ совершенномъ въ этомъ состояніи преступномъ дѣяніи. Противоположное мнѣніе Katzenstein'a (Die Straflosigkeit der actio libera in causa. 1901) не нашло послѣдователей.

54) Въ пользу этого Prins, № 394, Proal, 372. См. еще Joly, Le crime, 63. Постановленія новѣйш. законодат. и проектовъ см. у Жижиленко, Наказаніе, 321.

пленія играетъ роль лишь настолько, насколько свидѣтельствуетъ объ опасности невмѣняемаго [55]): подлогъ не даетъ поводовъ для заключенія объ опасности, тогда какъ причиненіе легкой раны можетъ быть основаніемъ для этого, хотя послѣднее дѣяніе наказуемо не столь строго, какъ первое. Поэтому едва ли правильно ставить примѣненіе судомъ мѣръ противъ невмѣняемаго въ зависимость отъ наказанія, положеннаго за совершенное преступленіе въ законѣ, какъ дѣлаетъ австрійскій проектъ.

Наше Угол. Улож. (39 ч. ст. 2) условіемъ *обязательнаго* помѣщенія невмѣняемаго въ заведенія для душевно больныхъ („врачебное", по неудачному выраженію закона) ставитъ совершеніе убійства, весьма тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, изнасилованія, поджога или покушенія на одно изъ этихъ преступленій, въ другихъ случаяхъ суду *предоставляется,* признавши оставленіе безъ особаго присмотра опаснымъ, постановить или также о помѣщеніи невмѣняемаго во врачебное заведеніе, или же объ отдачѣ подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ лицамъ, если они пожелаютъ. Улож. о нак. предписываетъ заключеніе признанныхъ сумасшедшими или безумными (ст. 95) въ дома для умалишенныхъ только при убійствѣ, поджогѣ, покушеніи на эти преступленія или на самоубійство, не упоминая о правѣ суда примѣнить эту мѣру въ другихъ случаяхъ. Совершеніе тѣхъ же дѣяній въ припадкѣ болѣзни, доводящей до умоизступленія или безпамятства (ст. 96), ведетъ къ отдачѣ подъ отвѣтственный надзоръ родителей, родственниковъ, опекуновъ или постороннихъ, съ ихъ согласія, и лишь при ненадежности ихъ къ помѣщенію въ больницу. То же постановлено и въ отношеніи лунатиковъ и страдающихъ старческимъ слабоуміемъ, независимо отъ свойства преступленія, но вмѣсто больницы указывается заведеніе общественнаго призрѣнія (ст. 97). Для опасныхъ

55) Поэтому также мѣры защиты излишни при состояніи невмѣняемости, вызванномъ не длительными причинами, напр., случайнымъ полнымъ опьяненіемъ, гипнозомъ, патологическимъ аффектомъ, бредомъ не на почвѣ психическихъ разстройствъ, а напр., остраго заболѣванія.

лицъ этой категоріи такая мѣра и отвѣтственный, въ сущности номинальный, надзоръ частныхъ лицъ недостаточны, для не представляющихъ опасности излишни

VI. Особое мѣсто въ ряду обстоятельствъ, устраняющихъ вмѣняемость, занимаетъ малолѣтство.

Въ римскомъ правѣ, согласно XII таблицамъ, возрастъ, съ котораго возможно было примѣненіе наказанія, опредѣлялся временемъ наступленія половой зрѣлости и брачнаго совершеннолѣтія; до этого, къ impuberes допускалось примѣненіе магистратской coërcitio, т. е. предупредительныхъ мѣръ. Въ позднѣйшемъ правѣ положительно запрещалась въ отношеніи лицъ этого возраста смертная казнь; но на практикѣ infantes, т. е. не достигшіе семи лѣтъ, не подвергались вообще наказанію, а послѣ семи лѣтъ подлежалъ рѣшенію вопросъ, понималъ ли малолѣтній значеніе совершеннаго имъ преступленія, былъ ли онъ doli capax, injuriae capax, или же нѣтъ; въ послѣднемъ случаѣ онъ не подвергался наказанію, а такой отрицательный отвѣтъ чаще всего получался при обвиненіяхъ тѣхъ, кто былъ ближе къ этому возрасту, утвердительный, если малолѣтній былъ pubertati proximus, но точной возрастной границы не было установлено[56]). Въ каноническомъ правѣ въ возрастѣ отъ 7 до 14 лѣтъ мальчики или до 12 лѣтъ дѣвочки, если были capaces doli, подвергались смягченному наказанію, это смягченіе практикой было распространено и на всѣхъ недостигшихъ 25 лѣтъ. Близость къ infantia или, напротивъ, къ pubertas служила основаніемъ къ пресумціи непониманія совершеннаго малолѣтнимъ или же къ противоположной. Эта точка зрѣнія была усвоена и позднѣйшимъ германскимъ правомъ и близкая къ ней старо-французскимъ. Полное наказаніе назначалось иногда судомъ, въ виду особой злостности воли (malitia supplet aetatem). Противъ наказанія infans за лишеніе жизни прохожаго брошеннымъ камнемъ уже Albertus Gandinus[57]) Въ *нашемъ старомъ правѣ* (впервые новоуказныя статьи 1669 г.) устанавливалась безотвѣтственность отрока семи лѣтъ за убійство; по Воинск. Артик., если воръ будетъ младенецъ, то наказаніе умаляется или весьма оставляется, но онъ „можетъ отъ родителей лозами наказанъ быть". Точная граница невмѣняемости (10 л.) установлена указомъ Екатерины II-й, 26 іюня 1765 г., тамъ же установлено смягченіе наказанія для находящихся въ возрастѣ 10—17 лѣтъ[58]). Десятилѣтній возрастъ принятъ и Сводомъ, но Улож. о нак. устанавливало семилѣтній, однако до 10 лѣтъ не примѣнялось наказаніе. *Нынѣ дѣйствующая система отвѣтственности малолѣтнихъ установлена закономъ 2 іюня 1897 г и Угол. Улож.*

---

56) Такъ Mommsen, Rom. Strafrecht, 75. 76; Ср. Bar, II, § 28

57) См. Lilienthal V. D. V, 104, Ortolan, I, № 278; Manzini, I, № 223; Bar, l. c.

58) Таганцевъ, 419, 420

Въ XIX в. господствующей въ законодательствахъ сдѣлалась *система разграниченія трехъ возрастныхъ періодовъ: безусловной невмѣняемости, условной вмѣняемости и безусловной вмѣняемости*[59]), при чемъ предѣльные сроки для каждаго періода устанавливаются различными законодательствами неодинаково, въ зависимости отъ мѣстныхъ условій, отъ обычнаго для данной страны возраста, въ которомъ наступаетъ превращеніе ребенка въ отрока и юношу. Въ первомъ періодѣ исключается возможность привлеченія ребенка къ уголовной отвѣтственности. По нашему праву, это возрастъ до 10 лѣтъ (ст. 137 Ул. о нак., 40 Угол. Ул. и 10 п. 2 Уст.

---

59) Только немногія законодательства (между ними французское —Code pénal—и бельгійское) не устанавливаютъ періода абсолютной невмѣняемости; это даетъ возможность привлеченія къ суду дѣтей самаго нѣжнаго возраста, что только дискредитируетъ отправленіе правосудія и, конечно, оканчивается признаніемъ ребенка невмѣняемымъ (дѣйствовавшимъ безъ разумѣнія; см. текстъ, ниже); между тѣмъ само привлеченіе вредно отражается на психикѣ дѣтей даже болѣе поздняго возраста. Ср Rossi, II, 33; Garraud, I, 437, Aschaffenburg, Verbrech., 237, 238; въ настоящее время стремятся устранить въ рѣшеніи дѣлъ о малолѣтнихъ до 14 или 16 лѣтъ торжественную обстановку суда, создать особые органы для этихъ дѣлъ и совершенно отличный отъ обычнаго порядокъ производства (такъ наз. суды для малолѣтнихъ). *Новеллы 22 іюля 1912 г. во Франціи и 15 мая 1912 г. въ Бельгіи* вводятъ суды для малолѣтнихъ; по французскому закону, малолѣтніе до 13 лѣтъ не подлежатъ вѣдѣнью уголовнаго суда и карательнымъ мѣрамъ, если не считать выговора; по бельгійскому закону, къ дѣтскому судьѣ направляются всѣ дѣла о недостигшихъ 16-лѣтняго возраста, независимо отъ тяжести преступленія; наказанія не примѣняются; къ дѣтскому судьѣ поступаютъ и дѣла по обвиненіямъ не достигшихъ 18 лѣтъ въ нищенствѣ и бродяжествѣ и по жалобамъ родителей или замѣняющихъ ихъ лицъ на дурное поведеніе и неповиновеніе такихъ несовершеннолѣтнихъ. Объ этихъ законахъ см у Окунева, Ж М. Ю. 1913, №№ 5 и 6 (тамъ же текстъ законовъ въ переводѣ) О судахъ для малолѣтнихъ см. особенно П. И. Люблинскій, въ Ж. М. Ю. 1908, № 7 и 8, 1910, № 4 и въ Очеркахъ, 421—507, далѣе указан. труды Рубашевой, семинар Гернета, „Труды 1-го Съѣзда дѣятелей по вопрос. суда для малолѣт.“ (1915); „Travaux du premier congrès internat. sur les tribunaux pour les enfants (1912), „Travaux de congrès internat. sur la protection de l'enfance“ (1912). О первомъ конгрессѣ (въ Парижѣ въ 1911 г.) см сообщеніе Окунева Ж. Уг. 1912 г. № 4.

о нак.[60]). *Во второмъ періодѣ*, опредѣляемомъ нашимъ законодательствомъ возрастомъ *отъ 10 до 17 лѣтъ*, о каждомъ обвиняемомъ производится изслѣдованіе по вопросу о наличности у него *разумѣнія* (такъ 137 ст. Улож. о нак.) *или же вмѣняемости* (такъ 41 ст. Угол. Ул.)[61]).

Послѣднее понятіе представляется болѣе точнымъ. чѣмъ *„разумѣніе“*, о которомъ, *по образцу французскаго законодательства,* говорятъ и многія другія (бельгійское, итальянское, германское[62]) и которое предполагаетъ одну интеллектуальную способность, тогда какъ незрѣлость подростка часто скажется именно въ области воли, выразится въ неспособности руководить своими поступками; и при пониманіи совершаемаго и даже этико-соціальнаго значенія дѣянія, подростокъ все-таки еще не сложившаяся личность. Если Угол. Улож. поступило поэтому правильно, замѣнивъ „разумѣніе“ нашего стараго права общимъ психологическимъ критеріемъ вмѣняемости[63]), то нельзя не признать, что

---

60) По итальянскому 9 лѣтъ, по германскому 12, по норвежскому 14 лѣтъ. Въ Италіи и Германіи на очереди измѣненіе всего законодательства объ охранѣ дѣтей, о дѣтяхъ безпризорныхъ и преступныхъ, въ 1913 г. получили движеніе соотвѣтствующіе проекты. Въ Англіи „дѣтское право“ кодифицировано въ 1908 г. (Childern's act). См. о немъ у Люблинскаго, Очерки, l. c.

61) *Уст. о нак.* (ст. 11) говоритъ о несовершеннолѣтнихъ отъ 10 до 14 лѣтъ, признанныхъ виновными, *не упоминая о разумѣніи;* но для признанія виновнымъ, нужно рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ вопросъ о вмѣняемости

62) Во Франціи изслѣдованіе вопроса о discernement установлено еще кодексомъ 1791 г. въ отношеніи не достигшихъ 16 лѣтъ; тотъ же порядокъ принятъ дѣйствующимъ Code pénal (1810 г), новелла 1906 г. отодвинула этотъ возрастъ до 18 лѣтъ; согласно 54 ст. итальянск. кодекса вопросъ о discernimento ставится о малолѣтнихъ отъ 9 до 14 лѣтъ, согласно § 56 германскаго уложенія—о малолѣтнихъ отъ 12 до 18 лѣтъ, герман. улож. говоритъ о „вдумчивости (Einsicht), необходимой для распознанія наказуемости дѣянія“.

63) Такъ и австр проектъ. Въ пользу этого Таганцевъ, I, 424, Объясненія, I, 342; Палаузовъ. Къ вопросу о будущ. нашемъ Угол. кодексѣ (1894), 51; Gretener, Zurechn. fahig. im V. E., 78, Vidal, 222, Frank въ Reform, I, 273; Oetker, GS. 73, стр. 392. Bar, II, 72, пр. 165 b. Въ пользу „разумѣнія“ Бѣлогрицъ-Котляревскій, Учебникъ (1903), 22, такъ какъ въ отсутствіи способности руководить своими поступками никогда не можетъ быть сомнѣнія. Соотвѣтствуетъ ли понятіе разу-

оставленіе прежняго срока абсолютной невмѣняемости представляется неудачнымъ едва ли возможны случаи, когда тотъ минимумъ пониманія и воли, который соотвѣтствуетъ этому критерію, встрѣтится не только у десяти—или одиннадцатилѣтняго, но и у дѣтей старшаго возраста весь періодъ отрочества отличается отсутствіемъ достаточнаго умственнаго и волевого развитія: опытъ еще незначителенъ, сумма впечатлѣній невелика, оцѣночныя сужденія только начинаютъ складываться, настроенія имѣютъ случайный источникъ, сопротивляемость внѣшнимъ импульсамъ не пріобрѣла устойчивости, реакція на мотивы сообразно своему „я“ еще не выработалась. Изслѣдованіе вопроса какъ о разумѣніи, такъ и о наличности психологическаго критерія вмѣняемости во всей его полнотѣ представляется безцѣльной тратой времени, такъ какъ все равно приведетъ къ отрицательному отвѣту. Періодъ безусловной невмѣняемости долженъ быть продленъ до 16 лѣтъ[64]), и въ виду возможности запозда-

---

мѣнія понятію вмѣняемости, спорно. Большинство склоняется къ утвердительному отвѣту, усматривая въ постановкѣ каждый разъ вопроса о разумѣніи малолѣтняго только процессуальную привилегію здѣсь, въ отличіе отъ взрослыхъ, вмѣняемость не пресумируется (до доказательства противнаго, praesumptio juris), такого взгляда для нашего права Объясненія къ проекту редакц. комис., I, 342; для итальянскаго Manzini, I, 399, для французскаго Garçon, art. 66, № 5, для германскаго Binding, Normen, II, 81, 82; Finger, 217; Bar, II, 72, Fuchs, Problem d. Strafmundigkeit, 1906, стр 16, 22, 23; Frank, 131; Liszt, 172: требуется не сознаніе наказуемости дѣянія, а достаточная духовная зрѣлость для этого, возможность сознанія наказуемости, но въ отношеніи каждаго дѣянія въ отдѣльности Дальше шли нѣкотор. германск криминалисты, требуя дѣйствительнаго знанія наказуемости, создавая матеріально-правовую привилегію малолѣтнихъ этого возраста error juris prodest“ (см. у Binding'a, Bar'a, l. c.), сходна старая французская доктрина (указан. у Vidal, 221, 222). Отличнымъ отъ вмѣняемости считаетъ разумѣніе и Lilienthal, op с. 107, 112 слѣд.

64) Въ пользу удлиненія періода абсолютной невмѣняемости уже Кистяковскій, Молодые прест., 21 (до 16 л.), Учебн. § 266 (до 14 л.), и многіе русскіе криминалисты при обсужденіи проекта Угол. Ул. (см Объясненія, I, 335, 336), Познышевъ, 221 (до 17 л.) швейцарск, германск., австр. проекты (до 14 лѣтъ), контръ-проектъ (до 14 л.) Бернскій конгрессъ М С. (Mit. I. K. V. II, 108, слѣд —до 14 л.), Листъ, Кроне, Аппелиусъ (на томъ же конгрессѣ III, 327 до 16 л.), Aschaffen-

лаго развитія, относительно юношей 16—18 лѣтъ было бы умѣстно въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ставить вопросъ о наличности психологическаго критерія [65]).

Если и въ болѣе раннемъ возрастѣ дѣтьми и подростками совершаются преступленія [66]), то борьба съэтимъ зломъ посредствомъ наказанія не только противорѣчитъ принципу уголовной отвѣтственности лишь при наличности вины, но и приводитъ только къ увеличенію дѣтской преступности [67]):

---

burg, Verbrechen, 241 (до 16 л), Joly, Combat contre le crime, 152 Lilienthal, op. c., 153 (14 л), Frank, op. c., 269

65) Поэтому нельзя согласиться съ установленіемъ только двухъ возрастныхъ періодовъ безусловной невмѣняемости и безусловной вмѣняемости, какъ принято въ Норвежскомъ кодексѣ (до 14 л.), швейцарскомъ проектѣ (до 14 л.), финдляндскомъ уложъ (до 15 л.). Въ пользу этого, но зато удлиняя этотъ періодъ до 17 л., проф. Познышевъ, 221. См. ниже, прим. 72.

66) Статистическія свѣдѣнья о преступности несовершеннолѣтнихъ *въ Россіи за десятилѣтіе 1901—1910 г.* см. у Тарновскаго, Ж. М. Ю., 1913, № 10. Авторъ устанавливаетъ *необычайное увеличеніе преступности несовершеннолѣтнихъ*, въ среднемъ оно въ два раза больше, чѣмъ увеличеніе преступности взрослыхъ, и за десятилѣтіе достигло *111*%, не считая не указываемыхъ статистикой проступковъ, караемыхъ ниже тюрьмы и подсудныхъ миров. судьямъ; только около 20% этого прироста можно объяснить приростомъ населенія; общее число осужденныхъ взрослыхъ въ 1901 г. 119764, несовершеннолѣтнихъ (10—17 л.) 3543, въ 1910 г.—161904 и 7483. Въ другихъ европейскихъ странахъ цыфры преступности несовершеннолѣтнихъ гораздо благопріятнѣе Статистич. данныя объ этомъ и у Зака въ изд „Дѣти-преступники“, но выводы его для Россіи, по компетентному отзыву Тарновскаго, невѣрны. Наибольшій % преступныхъ дѣяній малолѣтнихъ падаетъ на кражу, мошенничество, тѣлесныя поврежденія, проступки противъ порядка управленія.

67) Поэтому сохраненіе принятаго нынѣ 10-лѣтн. возраста на томъ основаніи, что среди малолѣтнихъ преступниковъ есть много едва перешагнувшихъ 10 лѣтъ и что ихъ безотвѣтственность мѣшала бы преслѣдованію взрослыхъ соучастниковъ (такъ Таганцевъ, 421, Объясненія, I, 337, Палаузовъ, op. c., 51), можетъ быть защищаемо развѣ только, если дѣти-преступники возраста невмѣняемости не будутъ подлежать и мѣрамъ исправительнаго воздѣйствія. Противъ повышенія возраста абсол. невмѣняемости Birkmeyer (Was lasst v. Liszt., 67), по первому изъ сейчасъ указанныхъ основаній. Contra Frank въ Reform, I, 269. Что касается второго основанія, то слѣдуетъ возразить, что власть, напр., судья для малолѣтнихъ, обращаясь къ разсмотрѣнію

даже воспитательные пріемы усовершенствованныхъ пенитенціаріевъ расчитаны на взрослаго человѣка и представляются непригодными и суровыми въ примѣненіи къ еще слагающимся характерамъ, нуждающимся большей частью въ томъ нравственномъ воздѣйствіи и направленіи, котораго они не могли получить въ семьѣ; громадное большинство малолѣтнихъ преступниковъ дѣти улицы, заброшенныя своими родителями или потерявшія ихъ въ раннемъ возрастѣ и предоставленныя самимъ себѣ, или же выросшія въ атмосферѣ разврата, преступленія, алкоголизма своихъ близкихъ [68]). Побывавши въ тюрьмѣ, дѣти-преступники, если даже не развращаются больше отъ общенія со взрослыми, начинаютъ смотрѣть на себя, какъ на „большихъ“ и даже какъ на героевъ; окруженные особымъ почтеніемъ сверстниковъ, которымъ они импонируютъ по выходѣ на свободу, какъ „видавшіе виды“, они находятъ въ этомъ поощреніе къ новымъ преступнымъ подвигамъ, нерѣдко увлекая на тотъ же путь товарищей [69]). Отбытіе наказанія въ условіяхъ обыкновенной тюрьмы, гдѣ не проведена классификація заключенныхъ, гдѣ плохо организованы работы и воспитаніе, конечно, еще въ большей мѣрѣ укрѣпитъ отрока въ преступныхъ склонностяхъ, создастъ обществу постояннаго врага. Къ преступнымъ дѣтямъ должны быть примѣняемы тѣ же мѣры, которыя принимаются нынѣ въ странахъ съ высокой культурой въ отношеніи дѣтей безпризорныхъ, заброшенныхъ, хотя бы и не совершившихъ преступнаго дѣянія: отдача въ воспитательныя учрежденія, а въ случаяхъ, когда есть родители или другія близкія или даже постороннія надежныя лица, которымъ могутъ быть ввѣрены надзоръ и воспитаніе малолѣтняго преступника, отдача его этимъ лицамъ; при совершеніи малолѣтнимъ тяжкаго преступнаго

дѣла о преступленіи малолѣтняго и обнаруживъ соучастіе взрослаго доведетъ объ этомъ до свѣдѣнія прокуратуры. Справедливо по этому поводу Познышевъ, 222.

68) О факторахъ дѣтской преступности см. труды, указ. въ примѣч. 59, Ferriani, Joly, Le combat contre le crime. La France criminelle, и литерат, указ. Vidal'емъ (Cours, 209—213), Lanessan, Lutte. 64, 130 и 230, Aschaffenburg, Verbrech., 112.

69) Aschaffenburg, Verbrech, 237, слѣд.

дѣянія, онъ подлежитъ, въ виду представляемой имъ опасности, помѣщенію въ особыя воспитательно-исправительныя заведенія съ болѣе суровымъ режимомъ и съ особенно бдительнымъ надзоромъ. Это необходимо въ интересахъ и общества, и другихъ малолѣтнихъ, которые могли бы подвергнуться нравственной заразѣ, наконецъ въ интересахъ самого преступника этой категоріи, нуждающагося въ самыхъ тщательныхъ и строгихъ мѣрахъ воспитанія. Казалось бы, однако, что помѣщеніе въ такія заведенія до двѣнадцатилѣтняго возраста нецѣлесообразно. На этотъ путь борьбы съ дѣтской преступностью вступаютъ западно-европейскія законодательства[70]). Вмѣстѣ съ тѣмъ въ *наукѣ наблюдается*

---

70) Согласно *Childern's act 1908 г.* подростки *12—16 лѣтъ*, виновные въ дѣяніяхъ, караемыхъ по закону тюрьмой простой или каторжной, передаются въ *исправительныя школы;* въ случаѣ невозможности помѣщенія въ нихъ, наказаніе тюрьмой можетъ быть назначено только, если осужденному болѣе 14 лѣтъ; *въ ремесленныя школы*, также по постановленію судьи, отдаются дѣти до 12 лѣтъ, *совершившія хотя бы тяжкое преступленіе*, и до 14 л., по мнѣнію судьи не способные оказать вредное вліяніе на другихъ дѣтей, а также дѣти до 14 л. *не совершившія* преступленія, но нищенствующія, *безпріютныя*, *покинутыя* родителями, находящіяся въ опасной для нравственности домашней обстановкѣ, *непокорныя* и не посѣщающія школы (см. подробнѣе у Люблинскаго, Очерки, 462); вмѣсто ремеслен. школы возможна отдача подъ надзоръ родственника или благонадежнаго лица По бельгійскому закону 1912 г. возможна передача не достигшаго 16 л преступника, а нищенствующаго или бродяги до 18 л., на воспитаніе частному лицу или учрежденію или же въ распоряженіе правительства, т. е. въ государственныя исправ.-воспитат. заведенія (écoles de bienfaisance), а при особой испорченности въ дисциплинарныя заведенія (établissements de préservation) до достиженія 21 года, а въ случаѣ тяжкаго преступленія до —25 л., при особо тяжкомъ до—41 г., при особой испорченности дисциплинарн. учрежд. на 2—10 л и даже до 41 г. Устанавливается пересмотръ постановленія каждые 3 года; мѣра можетъ быть отмѣнена или смягчена. Воспитат. и предупредит. мѣрамъ подлежатъ и непреступныя дѣти (сходно съ англ. Childern's act.). Для собиранія данныхъ о малолѣтнемъ и для присмотра учреждены особыя должности, какъ въ Англіи Французскій законъ 1912 г. устанавливаетъ воспитательныя мѣры (передача родителямъ, благотворит. учрежденію или въ исправительн. колонію на срокъ, но не далѣе достиженія 21 г., для малолѣтнихъ 13-18 лѣтъ, признанныхъ дѣйствующими *безъ разумѣнія*. См. Окуневъ, l. c. Воспитательно-исправит. заведенія для малолѣтнихъ преступниковъ появляются уже въ началѣ XIX в во Франціи и получаютъ развитіе тамъ же и въ Англіи съ 50-хъ годовъ.

тенденція къ измѣненію самой постановки вопроса о способности малолѣтнихъ нести уголовную отвѣтственность· значеніе придается не „разумѣнію“ или вмѣняемости малолѣтняго, а возможности воспитательнаго воздѣйствія на него, на основаніи имѣющихся у судьи данныхъ о его характерѣ и его прошломъ: при утвердительномъ отвѣтѣ на этотъ вопросъ малолѣтній подлежитъ мѣрамъ воспитательнымъ, при отрицательномъ—наказанію [71]). Но и наказаніе должно быть организовано иначе, чѣмъ для взрослыхъ и отдѣльно отъ нихъ. шансы исправленія даже худшихъ изъ подростковъ и даже достигшихъ уже юношескаго возраста все-таки значительно выше, чѣмъ при наказаніи взрослыхъ, и всѣ пріемы воспитанія, которыми располагаетъ карательное учрежденіе, должны быть использованы именно въ этихъ случаяхъ. Эта мысль получила реальное выраженіе въ Борстальскихъ учрежденіяхъ, въ Англіи [72]).

По существу и наше законодательство, хотя началомъ періода условной вмѣняемости признаетъ достиженіе десятилѣтняго возраста, *отодвигаетъ моментъ примѣненія наказанія къ малолѣтнимъ, дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ, до достиженія 14 лѣтъ:* такіе малолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ, если только ими совершено преступное дѣяніе, за которое въ законѣ опредѣлено наказаніе *не свыше заключенія въ тюрьмѣ съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ и преимуществъ* отдаются подъ *отвѣтственный надзоръ*, по усмотрѣнію суда, ихъ родителямъ,

---

71) Такъ Бернскій конгрессъ (1890) М. С., и еще раньше донна Кончепціонъ Ареналь на Стокгольмскомъ пенитенц. конгрессѣ 1878 далѣе проф. Фойницкій и Дриль на Петроградск. пенит. конгрессѣ 1890 г., Prins, № 374, 376, Garraud, 447; Vidal, 223, слѣд, Finger на 27 съѣздѣ герм. юрист (GS. 65, стр. 135); Joly, Combat, 151, Lilienthal, 150, 158 и литерат. указ тамъ же. Вопросъ о способности малолѣтняго къ воспитанію находятъ умѣстнымъ до 18 лѣтняго возраста. Такая же постановка вопроса въ англійскомъ законѣ о дѣтяхъ 1908 г., въ бельгійскомъ законѣ 1912 г., въ швейцарскомъ и германскомъ проектахъ. См. также „Труды 1-го съѣзда дѣят. по вопрос. суда для малолѣтн.“ и проектъ, предложенный П И. Люблинскимъ и Н Окуневымъ. См. еще Kitzinger, Int. Krim. Verein., 54, слѣд Въ пользу сохраненія вопроса о вмѣняемости для возраста 14—18 лѣтъ Frank, op. c., 270, слѣд и авторы контръ-проекта—Листъ, Каль, Лилиенталь (ср. выше, его прежній взглядъ) Гольдшмидтъ (Begrund къ § 16 GE, стр. 19)

72) См о нихъ у Люблинскаго, Очерки, 600, слѣд.

или лицамъ, на попеченіи коихъ они состоятъ, или другимъ благонадежнымъ людямъ, изъявившимъ на это согласіе; если же такое дѣяніе обращено ими въ промыселъ или проистекаетъ изъ привычки къ преступной дѣятельности, или же, если за дѣяніе закономъ опредѣлено наказаніе *не ниже тюрьмы*, то они *по преимуществу отдаются* въ *воспитательно-исправительныя заведенія для несовершеннолѣтнихъ*, гдѣ послѣднія устроены (ст. 138 Ул. о нак.; „*могутъ* быть обращаемы" —ст. 11 Уст. о нак.). Такимъ образомъ малолѣтніе этого возраста при наличности разумѣнія подлежатъ тѣмъ же мѣрамъ, что и въ случаѣ признанія ихъ судомъ дѣйствовавшими безъ разумѣнія (см. ст. 137 Ул. о нак. и ст. 41 Уг. Ул.); только выборъ между отдачей подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ упомянутымъ выше лицамъ и помѣщеніемъ въ воспитательно-исправительное заведеніе для несовершеннолѣтнихъ намѣчается закономъ не вполнѣ одинаково, въ зависимости отъ наличности или отсутствія у малолѣтняго разумѣнія[73]). Но и при совершеніи *болѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяній*, чѣмъ указано выше, вплоть до влекущихъ по закону смертную казнь (включительно), малолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ присуждаются *въ воспитательно-исправительныя заведенія;* если законъ говоритъ далѣе: „*или* же къ заключенію въ *особыхъ помѣщеніяхъ*, устроенныхъ для несовершеннолѣтнихъ *при тюрьмахъ* или домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей"[74]),

---

73) Если „безъ разумѣнія", то несовершеннолѣтніе *могутъ* быть обращаемы въ эти заведенія, когда дѣяніе влечетъ наказаніе не ниже тюрьмы; и только въ возрастѣ 14—17 л., совершившіе безъ разумѣнія дѣяніе, влекущее уголовное наказаніе (ссылку на поселеніе, каторгу или смертную казнь) обращаются *по преимуществу* въ эти заведенія (137 Ул. о нак.; ср 41 ст. Уг Ул.) Отдача подъ отвѣтственный надзоръ или помѣщеніе въ воспитательное заведеніе примѣняются въ Западной Европѣ и къ совершившимъ преступное дѣяніе въ возрастѣ абсолютной невмѣняемости (такъ въ Германіи и въ Италіи, при болѣе тяжкихъ преступленіяхъ, въ отношеніи не достигшихъ 12 и 9 лѣтъ), далѣе, какъ и у насъ, къ признаннымъ дѣйствующими безъ разумѣнія малолѣтнимъ второго періода (Франція, Италія, Германія); если признана наличность „разумѣнія", то опредѣляется смягченное наказаніе.

74) на срокъ отъ 2 до 5 л., если дѣяніе влечетъ по закону для взрослаго смертную казнь, ссылку въ каторжныя работы или на посе-

то такое заключеніе есть только *суррогатъ* воспитательно-исправительныхъ заведеній, къ которому приходится прибѣгать, за недостаткомъ у насъ послѣднихъ или за отсутствіемъ въ нихъ мѣста [75]), но это не наказаніе [76]). Такой выводъ подкрѣпляется еще постановленіемъ 137 ст. Улож. о нак. о замѣнѣ этимъ же суррогатомъ воспит.-исправительн. заведеній для несовершеннолѣтнихъ безъ разумѣнія и постановленіемъ 138[1] ст. Ул. о нак, согласно которому, по сейчасъ отмѣченнымъ причинамъ, малолѣтніе (вмѣняемые) отъ 10 до 14 лѣтъ могутъ быть присуждаемы къ заключенію въ мѣстные *монастыри* ихъ вѣроисповѣданья, гдѣ жительство постороннимъ не воспрещено, вмѣсто заключенія въ особыхъ помѣщеніяхъ при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ (ст. 138[1] Улож. о нак., ст 55 Угол Ул.)[77]). Даже несовершеннолѣтніе въ возрастѣ свыше 14 лѣтъ до 17 лѣтъ за преступныя дѣянія, за которыя въ законѣ опредѣлены наказанія, не уголовныя (см. прим. 73), хотя и приговариваются къ соотвѣтствующимъ наказаніямъ съ уменьшеніемъ на 2 или 3 степени, а вмѣсто исправ. арестант. отдѣленій къ тюрьмѣ съ такимъ же смягченіемъ, однако обращаются въ

леніе; на срокъ отъ 1 мѣс. до 1 года, если дѣяніе влечетъ исправит. арестантск. отдѣл. или тюрьму съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ (138 ст., 1 и 2 п. Ул. о нак.).

75) *Только около* 20% *малолѣтнихъ попадаютъ въ воспит.-исправит. завед.* Въ 1912 г. въ особ. помѣщеніяхъ при тюрьмѣ и арестныхъ домахъ содержалось 1139 въ возрастѣ 10—14 л. и 7271 отъ 14 до 17 л, при этомъ 3407 совмѣстно со взрослыми и почти всѣ безъ работы и обученія.

76) Такъ и Познышевъ, § 126, Жижиленко, Наказаніе, 335 — 339, ссылающійся и на мотивы закона, такъ и прежняя практика Сената (рѣш. 1907 г. № 14). Жижиленко относитъ особое помѣщеніе несовершеннолѣтнихъ въ тюрьмахъ къ мѣрамъ защиты, какъ и воспитательно-исправительныя заведенія. Напротивъ Н. С. Таганцевъ (II, 1089, 1090), и Сенатъ въ рѣш. 1912 г. № 9, признаютъ даже эти заведенія наказаніемъ въ случаяхъ, когда они примѣняются къ дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ или вмѣняемымъ, по Ул. о нак. или Угол. Ул., и (такъ Сенатъ) къ несовершеннолѣтнимъ отъ 14 до 17 л, по Уст. о нак., съ чѣмъ нельзя согласиться, см. Жижиленко, 333.

77) Эта замѣна Угол. Улож. допущена только для малолѣтнихъ женскаго пола.

воспитательно-исправительныя заведенія взамѣнъ заключенія въ тюрьмѣ (ст. 140); а по Угол. Улож. (ст. 55) взамѣнъ ссылки на поселеніе или заключенія въ исправительномъ домѣ, тюрьмѣ или крѣпости прямо подлежатъ помѣщенію въ воспитательно-исправительныя заведенія. Продолжительность заключенія въ нихъ опредѣляется педагогическимъ совѣтомъ сихъ заведеній; она должна быть не менѣе года; максимальный срокъ—достиженіе малолѣтнимъ 18-лѣтняго возраста, а для имѣвшихъ отъ роду 15 лѣтъ при поступленіи въ заведеніе—достиженіе совершеннолѣтія (ст. 140, прим. Ул. о нак. и ст. 55, пр. 2 Угол. Ул., ст. 6, пр. Уст. о нак.). По Уст. о нак. (ст. 11) признанные виновными, въ возрастѣ 14—17 лѣтъ, подвергаются наказанію въ половинномъ размѣрѣ, но мировой судья можетъ вмѣсто этого отдавать ихъ подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ лицамъ, а тюремное заключеніе замѣняется (ст. 6) для такихъ несовершеннолѣтнихъ воспитательно-исправительнымъ заведеніемъ. Такимъ образомъ *всегда дѣйствительно подлежатъ наказанію, но смягченному,* изъ малолѣтнихъ только дѣйствовавшіе *съ разумѣніемъ* въ возрастѣ отъ *14 до 17 лѣтъ и при томъ, если за совершенное ими преступное дѣяніе* въ законѣ положены *смертная казнь* или *каторга* (ст. 55 Угол. Ул.), *а по Улож. о нак.* (139 ст.) *также,* если *ссылка на поселеніе.* Наказаніемъ служитъ *тюрьма* на разные сроки (отъ 3 *до 12 лѣтъ*). Нашими уложеніями въ этомъ случаѣ допускаются также правопораженія (139[1] Ул. о нак., 56 ст. Уг. Ул.).

Несовершеннолѣтніе *отъ 17 л. до 21 года* подлежатъ *наказанію смягченному* (см. ст. 139, ч. 2 и 140 Ул. о нак., 57 ст. Уг. Ул.)[78]).

---

78) Смягченіе наказанія для возраста безусловной вмѣняемости до наступленія совершеннолѣтія принято и въ Италіи, гдѣ различаются несовершеннолѣтніе отъ 14 до 18 лѣтъ и отъ 18 до 21 г., для первыхъ смягченіе допущено въ большей степени. Особыя карательныя учрежденія для лицъ возраста 16—21 г. въ Англіи (см. выше, прим. 72) и въ С. Америкѣ (реформаторіи отъ 16 даже до 25 л., мѣстами до 30 л.). Въ Норвегіи послѣ періода абсол. невмѣняемости (14 л.) смягченіе наказанія до 18 л.

VII. Въ послѣднее время, подъ вліяніемъ изслѣдованій психіатровъ, и въ наукѣ уголовнаго права, и въ пенитенціарной практикѣ, и въ проектахъ уголовныхъ кодексовъ большое значеніе пріобрѣтаетъ вопросъ о преступникахъ *съ уменьшенной вмѣняемостью* или психически дефективныхъ.

Эти дефекты являются или прирожденными, или развиваются впослѣдствіи на почвѣ дегенераціи и тяжкой наслѣдственности, алкоголизма, сексуальныхъ злоупотребленій, нервныхъ болѣзней [79]). Психическое состояніе дефективныхъ еще не дошло до той черты, за которой начинается невмѣняемость, но свойства, которыя существенны для послѣдней, значительно ослаблены; эти лица замѣтно отличаются отъ обычнаго нормальнаго типа: реакція ихъ на мотивы болѣе рѣзкая, сопротивляемость внѣшнимъ импульсамъ сильно понижена, въ интеллектуальной сферѣ также наблюдается или бѣдность идей, медленность мыслительнаго процесса, или же извѣстная странность, парадоксальность [80]). Это психическое состояніе представляетъ собою какъ-бы переходную ступень отъ психическаго равновѣсія къ душевному разстройству, отъ вмѣняемости къ невмѣняемости; и эти „промежуточныя зоны", какъ-бы сумерки души, столь же естественны, какъ переходныя состоянія между физическимъ здоровьемъ и болѣзнью.

Уже старыя законодательства и доктрина [81]) знали такое психическое состояніе и разсматривали его, какъ обстоятельство, смягчающее наказаніе, но не исключающее отвѣтственности и придавали значеніе главнымъ образомъ умственнымъ дефектамъ, не переходящимъ въ безуміе. Индетерминистическое обоснованіе отвѣтственности приводило иногда къ признанію уменьшенной вмѣняемости, какъ мень-

---

79) См. Hoche, Handb., 561; доклады, представленные 27-му съѣзду герм. юристовъ (1904 г.) психіатромъ Cramer'омъ (Verhandlungen, d. 27 deut. Juristentages, V, 411) и криминалистомъ Kahl'емъ (ibid., I, 137, слѣд.; о различн. видахъ уменьш. вмѣняемости, 186).

80) См Liepmann, Einleit., 108, Prins, № 396, Manzini, I, № 258. Односторонне оттѣняютъ только умственный дефектъ, слабоуміе англійскіе юристы. См. у Люблинскаго, Очерки, 663.

81) См. указанія у Köstlin'a, System, § 54, Bar'a, II, §§ 14 и 15.

шей степени свободы воли. Но позже нѣкоторые сторонники послѣдней (Бернеръ Кестлинъ)[82] отвергли понятіе уменьшенной вмѣняемости на томъ основаніи, что человѣкъ можетъ быть или отвѣтственнымъ, или не отвѣтственнымъ за свои поступки, tertium non datur: половинная или другой дробью опредѣляемая отвѣтственность есть логическое противорѣчіе. Понятіе уменьшенной вмѣняемости встрѣчаетъ отрицательное отношеніе и почти у всѣхъ русскихъ криминалистовъ[83]), и не принято уголовными кодексами важнѣйшихъ европейскихъ государствъ XIX в., за исключеніемъ Италіи, гдѣ уменьшенная вмѣняемость („semi-infermità di mente", Манчини) влечетъ (§ 47) смягченіе наказанія, которое при томъ, по постановленію суда, можетъ быть отбываемо въ casa di custodia, съ облегченнымъ режимомъ заключенія[84])

Напротивъ, съѣзды криминалистовъ и научные конгрессы XX вѣка — Гамбургскій и Брюссельскій конгрессы Междун. Союза угол. права и Кельнскій конгрессъ уголовной антропологіи[85]), на которомъ участвовали и видные криминалисты, склоняются къ признанію уменьшенной вмѣняемости, затрудняясь скорѣе въ точномъ законодательномъ опредѣленіи этого понятія и въ установленіи способовъ ре-

---

82) Berner, Imputat, 36, 37; Köstlin, l. c.

83) Такъ Таганцевъ, I, 413, Познышевъ, § 117, Пусторослевъ, 252; Бѣлогрицъ-Котляревскій, 115 Кистяковскій, 638. 639, констатируетъ только спорность вопроса, изъ французскихъ Proal, 371.

84) Тамъ они содержатся въ особыхъ отдѣленіяхъ соотвѣтственно различнымъ видамъ наказанія, трудъ необязателенъ, разобщеніе только на ночь и т. п. Манчини видитъ въ этой мѣрѣ измѣненіе способа исполненія приговора о наказаніи; по миновании психическаго состоянія уменьшен вмѣняемости, эта мѣра отмѣняется и оставшійся срокъ опредѣленнаго судомъ наказанія отбывается на обычныхъ основаніяхъ. Manzini, I, 262. Смягченіе наказанія, безъ замѣны другими мѣрами, принято еще Датскимъ, Финдляндскимъ и Греческимъ уложеніями (см. Kahl, V. D, 55, 56). Противъ смягченія Florian, I, 383.

85) См. доклады Листа Гамбургскому конгрессу, Гарсона Брюссельскому, Энгелена и Каля Кельнскому, Гарро Копенгагенскому, (Люблинскій, Межд. Съѣзды, 55, 79, 127, 355, и—о Кельнскомъ конгрессѣ—также у Finger'a въ GS. 81 т., 173), а также докладъ Leredu для Société générale des prisons (Rev. pénit., 1905 г. 43, 186, 313) и пренія; тамъ же упомянутые доклады Каля и Крамера 27 съѣзду.

прессіи дефективныхъ преступниковъ. Наибольшее распространеніе получило опредѣленіе Каля. *уменьшенная вмѣняемость есть существенное ослабленіе способностей, характеризующихъ вмѣняемость, вслѣдствіе длительнаго болѣзненнаго состоянія*, т. е. способностей понимать противоправность своего дѣянія или опредѣлять свою волю согласно съ этимъ пониманіемъ.

Такая формула принята австрійскимъ проектомъ (§ 4), примѣняющимъ психологическій критерій, тогда какъ усвоившій біологическій критерій швейцарскій проектъ (§ 14, ч. 2) говоритъ о нарушеніи душевнаго здоровья или сознанія (въ отличіе отъ душевной болѣзни, тупоумія и тяжкаго омраченія сознанія, исключающихъ вмѣняемость) или о недостаточномъ умственномъ развитіи. Изъ кодексовъ новѣйшей формаціи о дефективныхъ упоминаетъ Норвежскій, распространяя на нихъ понятіе опаснаго состоянія и особыя мѣры лечебно-профилактическаго характера (ст. 39).

Указаніе на то, что уменьшенная вмѣняемость есть слѣдствіе длительнаго болѣзненнаго состоянія устраняетъ возможность распространенія относящихся къ ней постановленій на другіе случаи[86]), въ которыхъ ослабленіе отмѣченныхъ способностей представляется скоро-преходящимъ, какъ при физіологическомъ аффектѣ, неполномъ опьяненіи и т. п. Правда, раздаются голоса и противъ указаннаго опредѣленія[87]), высказываются опасенія, что меньшая сопротивляемость внѣшнимъ импульсамъ, или же меньшее пониманіе своего дѣянія могутъ быть признаны чуть ли не въ каждомъ случаѣ преступленія, что послѣднія и совершаются вообще натурами дегенеративными, психически-не-

---

86) Такъ и итальянское право (Manzini, l. c.) См. также Frank, въ Reform, I, 239, противъ отождествленія дефективности съ сильнымъ аффектомъ въ отношеніи смягченія наказанія, какъ предлагаютъ Hoegel и Longard

87) Такъ Hoegel, Eintheilung d. Verbrecher in Klassen (1908), гл. V, особ. 172 и слѣд. и 189 и Birkmeyer, Wass lasst v. Liszt vom Strafrechte übrig, 53, слѣд. и Beitrage zur Kritik, I, 62. Съ другой стороны, противъ уменьшен вмѣняемости Ferri на Кельнскомъ конгрессѣ, полагая, что это состояніе отличаетъ всякаго преступника, и за мѣры безопасности (защиты) независимо отъ этого понятія (GS. 81 т., 175).

уравновѣшенными или стоящими ниже средняго уровня умственнаго развитія, и, если уменьшенная вмѣняемость должна вести къ пониженію наказанія или къ примѣненію болѣе мягкаго режима или къ леченію на государственный счетъ, то этой привилегіей воспользовались бы въ итогѣ всѣ преступники и прежде всего привычные и неисправимые, среди которыхъ очень много имѣющихъ существенные психическіе дефекты Нельзя не признать, что въ психіатріи наблюдается теченіе къ сближенію всѣхъ преступниковъ съ психически больными [88]) и что проведеніе грани между менѣе рѣзкими проявленіями ненормальности и преступнымъ настроеніемъ признается иногда весьма труднымъ, почти невозможнымъ [89]) Но эти опасенія, какъ и эти трудности сильно преувеличены: могутъ быть явныя состоянія дефективности [90]), все же не доходящей до степени невмѣняемости; необходимо только добросовѣстное изслѣдованіе обвиняемаго экспертами; необходимо далѣе подчеркнуть *длительность* болѣзненнаго состоянія и *значительную степень* ослабленія указанныхъ психическихъ способностей. Отнесеніе къ уменьшенно-вмѣняемымъ чуть ли не всѣхъ дѣйствующихъ лицъ произведеній Шекспира, Ибсена, Зола, выдающихся поэтовъ и государственныхъ дѣятелей, какъ это сдѣлано Грассе, [91]) превращаетъ въ ненормальныхъ уже не только всѣхъ преступниковъ, но и всѣхъ людей, съ подобной экспертизой отвѣтственность нельзя обезпечить и при господствующей въ кодексахъ системѣ, не упоминающей объ уменьшенной вмѣняемости преступники окажутся просто невмѣняемыми. Едва ли также можно ее отвергать по

---

88) См. выше, стр. 210 пр. 71 и 72, стр. 224 прим. 3 и ср. мнѣніе Finger'a (GS. 81 т, 177, 178)

89) Hoegel. 171, высказываетъ кромѣ того опасеніе, что въ случаѣ сомнѣнія относительно невмѣняемости, откроется возможность избрать среднее—полувмѣняемость, вмѣсто примѣненія принципа „in dubio pro reo" и полнаго оправданія.

90) Ср. Kraepelin въ Vier Vortrage (Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe) 1906 г., стр. 29 и Cramer въ Gericht Psych., уже въ изд. 1904 г См по поводу меньшей категоричности Крамера за годъ до того, въ его докладѣ, ироническое замѣчаніе Hoegel'я (196).

91) См. назв. выше (стр. 223) сочин.

чисто логическимъ соображеніямъ: если вмѣняемость есть извѣстная способность, при наличности которой только и возможна уголовная отвѣтственность, то не слѣдуетъ забывать, что точное обозначеніе этой способности немыслимо: признаки вмѣняемости относительны, допускаютъ градацію; нормальность есть абстракція отъ множества фактовъ невполнѣ одинаковыхъ; поэтому въ отдѣльныхъ случаяхъ эта способность можетъ быть большей или меньшей величиной, не переходя однако въ нѣчто противоположное, не будучи низведена до величины, характеризующей невмѣняемость. Когда эта способность меньше, можно называть ее уменьшенной вмѣняемостью, которая должна отражаться и на отвѣтственности. Это вліяніе дефективнаго психическаго состоянія признаютъ и многіе изъ противниковъ самого термина [92]). Но терминъ есть только условное обозначеніе [93]); вопросъ заключается не въ этомъ, а въ томъ, существуетъ ли такая категорія преступниковъ, что̀ нынѣ можно считать установленнымъ, и въ томъ, какое именно вліяніе на уголовную отвѣтственность имѣетъ это психическое состояніе. Сокращеніе сроковъ наказанія или переходъ къ менѣе тяжкому роду послѣдняго съ современной точки зрѣнія не представляется надлежащимъ разрѣшеніемъ этого вопроса: тюрьма въ различныхъ ея варіантахъ—каторжная, исправительная или простая—способна оказать только вредное и даже губительное вліяніе на дефективныхъ еще больше расшатать ихъ надорванныя психическія силы и, можетъ быть, довести ихъ до полной невмѣняемости, краткосрочное заключеніе не даетъ обществу безопасности отъ этихъ лицъ. выйдя изъ тюрьмы въ худшемъ состояніи, чѣмъ они туда поступили, они будутъ угрожать новыми и часто болѣе тяжкими преступленіями. На остальныхъ заключенныхъ пребываніе съ ними дефективныхъ оказываетъ растлѣвающее вліяніе и поддержаніе режима и дисциплины становится крайне затрудни-

---

92) См, напр., Kostlin, l. c., Познышевъ, l. c.

93) Ср. Merkel (Merk.-Liepm., § 17—4), указывающій, что при извѣстной неточности термина, промежуточная форма психическаго состоянія должна сохранить значеніе и что игнорированье ея характерно для недостаточно развившейся доктрины Meyer-Allfeld, § 22—V.

тельнымъ [94]). Ограничиться смягченной отвѣтственностью можно было бы только въ случаяхъ совершенія дефективными мелкихъ деликтовъ [95]), не влекущихъ лишенія свободы, по крайней мѣрѣ въ формѣ тюремнаго заключенія. При учиненіи болѣе серьезныхъ преступныхъ дѣяній, уменьшенно-вмѣняемые должны были бы подлежать интернированію въ особыхъ заведеніяхъ, съ режимомъ, отличнымъ отъ тюремнаго и болѣе подходящимъ къ ихъ психическому состоянію, но не совпадающихъ и съ домомъ для умалишенныхъ [96]); здѣсь необходимы наблюденія и указанія медиковъ-спеціалистовъ, которые должны были бы состоять при этихъ заведеніяхъ; часто окажется нужнымъ и примѣненіе лечебныхъ мѣръ [97]); дисциплина и трудъ, способствуя поднятію духовныхъ силъ такихъ преступниковъ, должны быть менѣе суровыми и обременительными и приспособляться къ индивидуальнымъ особенностямъ заключеннаго [98]). Срокъ такого

---

94) См Люблинскій (Очерки, 663, слѣд., мнѣнія англійскихъ тюрьмовѣдовъ)

95) Въ этомъ смыслѣ Garçon въ упомянут. докладѣ (Bulletin XVII, 15). Frank, 245, Kahl, V. D. I, 77 (такъ же въ случаѣ несовершеннолѣтія—отъ 14 до 18 л —преступника этой категоріи). За наказаніе, при отсутствіи связи преступнаго дѣянія съ уменьшенной вмѣняемостью субъекта, Thyren, Princip. 173, слѣд., но едва ли это когда-либо можно твердо установить, и даже, если бы это удалось, вредное вліяніе наказанія все-таки не устраняется.

96) См описаніе порядковъ особаго отдѣленія тюрьмы Parkhurst на о. Уайтѣ у Люблинскаго, 668.

97) Скептически относятся къ возможности устраненія психическихъ дефектовъ (излеченія) П. И. Люблинскій, ор. c, 63, Longard M Cr. psych., III, 98; Hoegel, 176, 182.

98) Поэтому нельзя согласиться съ Hoegel'емъ (174, 177), что достаточно смягченіе режима обыкновеннаго мѣста заключенія, при которомъ также всегда состоитъ врачъ, ибо необходимо, чтобы это былъ невропатологъ и чтобы весь бытъ заключенныхъ существенно отличался отъ тюремной жизни нормальныхъ преступниковъ. Правда, интернированье уменьшенно-вмѣняемыхъ обходится дорого, но ихъ не такъ уже много, если только зачисленіе въ эту категорію производить съ осторожностью, къ тому же наибольшее количество ихъ не потребуетъ интернированья. Longard въ M. Crim. Psych., III, 87, полагаетъ, что измѣненіе режима можетъ быть проведено тюремнымъ управленіемъ безъ спеціальныхъ узаконеній и что для многихъ дефективныхъ пригодна и тюрьма.

интернированья не можетъ быть краткимъ, если желаютъ достигнуть благопріятныхъ результатовъ; само установленіе срока въ законѣ или приговорѣ представляется нецѣлесообразнымъ, по крайней мѣрѣ въ случаяхъ признанія дефективнаго опаснымъ, такъ какъ заранѣе нельзя опредѣлить моментъ, когда освобожденіе преступника не угрожаетъ обществу, или когда есть по крайней мѣрѣ значительная вѣроятность, что онъ не совершитъ новаго преступленія [99]). Если же для многихъ этотъ моментъ никогда не наступитъ, то слѣдовало бы болѣе опасныхъ изъ дефективныхъ подвергать просто изоляціи, конечно, послѣ явной неудачи попытокъ ихъ приспособленія къ условіямъ общественной жизни и лишь въ случаѣ совершенія тяжкаго преступленія или многократнаго повторенія серьезныхъ деликтовъ. Эта изоляція могла бы быть пожизненной [100]) и не сопровождаться дорого стоящими пріемами интернированья. неисправимость, или, скорѣе, неизлечимость въ этихъ случаяхъ будетъ показателемъ болѣе глубокаго психическаго дефекта, даже полной невмѣняемости, и изоляція окажется столь же необходимой, какъ при опасныхъ проявленіяхъ психическаго разстройства въ тѣсномъ смыслѣ (безумія, сумасшествія). При такихъ условіяхъ репрессія уменьшенно-вмѣняемыхъ удовлетворяетъ не только спеціальному предупрежденію, но

---

99) Въ пользу неопредѣленности Вашингтонскій пенитенц. конгрессъ 1910. (Люблинскій, Съѣзды, 278, такъ и Парижское совѣщаніе центральн. комитета М. С. 1912 г. (Люблинскій, ibid. 113). За установленіе maximum'a Kahl въ V. D., I, 78, съ возможностью затѣмъ назначенія дополнительнаго срока. Въ пользу опредѣленія срока интернированья такихъ преступниковъ въ зависимости и отъ тяжести, а также свойства деликта Гарро въ докладѣ Копенгагенскому конгрессу М. С. (Bulletin, XX, 234), докладъ и вопросъ не обсуждались, за неприбытіемъ Гарро. Недостаточно опредѣленна резолюція Кельнск. антропол. конгресса. Если состояніе психически недостаточнаго не угрожаетъ опасностью и если совершенное имъ преступленіе средней тяжести, то срокъ интернированья слѣдовало бы установить не ниже извѣстнаго минимума, достаточно продолжительнаго, даже превышающаго срокъ обычнаго наказанія. Краткосрочная тюрьма могла бы замѣняться денежной пеней или арестомъ, отбываемымъ отдѣльно отъ другихъ.

100) Такъ, согласно Энгелену, въ нѣкоторыхъ штатахъ С. Америки (докладъ Кельнскому конгрессу).

и общему: перспектива долгосрочнаго лишенія свободы хотя бы и въ заведеніи, имѣющемъ отчасти лечебный характеръ, будетъ служить достаточной уздой для тѣхъ, кто въ дѣйствительной или мнимой дефективности хотѣлъ бы найти предлогъ для безнаказанности и какъ-бы патентъ на свободное совершеніе преступныхъ дѣяній [101]). Поэтому нельзя согласиться со взглядомъ, находящимъ много сторонниковъ среди современныхъ криминалистовъ, защищаемымъ особенно Листомъ, Липманомъ и Калемъ [102]) и принятымъ въ новѣйшихъ проектахъ. опасные дефективные, кромѣ этого интернированья, подлежатъ уменьшенному наказанію, примѣняемому къ нормальнымъ преступникамъ, или до помѣщенія въ особыя заведенія, или послѣ этого [103]); посредствомъ такого соединенія желаютъ достигнуть обезпеченія общества отъ опасности, представляемой преступниками этой категоріи, и вмѣстѣ съ тѣмъ сохранить возможность осуществленія справедливаго возмездія и общаго предупрежденія. Но примѣнять къ дефективнымъ наказаніе въ обычномъ смыслѣ даже въ такомъ соединеніи значитъ или разрушать достигнутые съ помощью спеціальнаго режима благопріятные результаты, если въ особыя заведенія такихъ преступниковъ направлять раньше наказанія [104]), или же, при противопо-

---

101) Напротивъ, П. И. Люблинскій полагаетъ, что, если государство не можетъ обезпечить правильное леченіе психически недостаточныхъ, доступное бѣдному классу, то преступленіе можетъ стать средствомъ попасть въ больницу на излеченіе, и наказаніе тогда необходимо.

102) См. доклады, упомянут. выше и Липманъ въ преніяхъ Гамбургскаго конгресса, такъ и Garraud въ упомянутомъ докладѣ; за это высказался и 27-й герм. съѣздъ; см. еще Frank, op. c., 245, неопредѣленна резолюція Гамбургскаго конгресса „спеціальное наказаніе или спеціальный режимъ“ (Люблинскій, 54)

103) Впрочемъ, по швейцарск проекту, примѣнять ли наказаніе зависитъ отъ усмотрѣнія суда; австр. проектъ 1912 г. § 37 ставитъ условіемъ для интернированья, чтобы дѣяніе было наказуемо не ниже 6 мѣс.

104) Ср. Grispigni, op. cit, 30, пр 1; Ферри и за нимъ Фингеръ (отчетъ о Кельнскомъ конгрессѣ, GS. 81 т., 168); противъ соединенія наказанія и мѣръ защиты (интернированья) и въ пользу только послѣдняго Ванъ-Гамель, Totp и Aschaffenburg въ преніяхъ Гамбургскаго конгресса

ложномъ порядкѣ, осложнять и безъ того нелегкую борьбу съ ихъ наклонностями. неужели слѣдуетъ раньше усилить ихъ психическіе дефекты помѣщеніемъ въ условія обыкновенной тюрьмы, чтобы затѣмъ приняться за почти безнадежныя попытки ихъ устраненія? Если указываютъ на то, что дефективные доступны вліянію угрозы наказаніемъ, то эту задачу выполнитъ и особое заведеніе для ихъ интернированья [105]). Что же касается момента порицанія, справедливой отрицательной оцѣнки, то едва ли можно учитывать его вліяніе на субъектовъ съ уменьшенной вмѣняемостью, поскольку же въ глазахъ общества они остаются преступниками, постольку этотъ моментъ сохранитъ свое значеніе, если не превращать заведенія для уменьшенно-вмѣняемыхъ въ больницу, а придать ему характеръ карательно-профилактическій. Меньшей степени ихъ вины будетъ отвѣчать бо̀льшая мягкость порядковъ въ такой тюрьмѣ-лечебницѣ, и даже долгосрочное интернированье въ этихъ условіяхъ не должно представляться несправедливой суровостью· оно открываетъ возможность возвращенія личности извѣстной степени соціальной пригодности въ будущемъ, тогда какъ обычное наказаніе даже съ сокращеніемъ срока оказывается болѣе жестокимъ, равносильнымъ уничтоженію остатковъ ея соціальной цѣнности. Но теоретическій вопросъ есть ли въ этомъ интернированіи всѣ черты наказанія или это скорѣе мѣра соціальной защиты, ближе состояніе дефективныхъ къ длительному преступному настроенію или къ состоянію невмѣняемости, отступаетъ на второй планъ передъ вопросомъ о лучшемъ въ данномъ случаѣ способѣ достиженія цѣли, а на это возможенъ только одинъ отвѣтъ. мѣра репрессіи здѣсь должна быть иная, чѣмъ въ отношеніи другихъ классовъ преступниковъ [106]).

---

105) Ванъ-Гамель младшій въ преніяхъ Кельнскаго конгресса находилъ вреднымъ признаніе человѣка уменьшенно-вмѣняемымъ и для него самого—это ослабляетъ чувство отвѣтственности,—и для общества, которое даетъ дѣянію менѣе строгую оцѣнку (GS. 81 т., 174).

106) Иногда принятіе мѣръ лечебно-предупредительныхъ рекомендуется въ отношеніи опасныхъ полувмѣняемыхъ, хотя бы они еще не совершили преступленія (Листъ на Гамбургскомъ конгрессѣ и резолюція послѣдняго; Thyren, Princip1en, 173, слѣд., напр., при подгото-

Психическая недостаточность можетъ быть слѣдствіемъ *привычнаго пьянства*[107]). Противъ преступниковъ этой категоріи примѣняются на Западѣ убѣжища для алкоголиковъ, которыя или замѣняютъ наказаніе, или же послѣднее все-таки можетъ быть назначено судомъ послѣ освобожденія изъ убѣжища Пребываніе въ послѣднемъ срочное (въ Англіи, по закону 1898 г. до 3 лѣтъ, въ Норвегіи, по закону 1900 г., до 18 мѣс или, при рецидивѣ, до 3 лѣтъ, по Швейцарскому проекту до 2 лѣтъ. Въ Норвегіи возможно помѣщеніе не въ лечебницу, а въ рабочій домъ). Условіемъ этой мѣры служитъ совершеніе дѣянія, караемаго тюрьмой, а по германскому проекту также арестомъ не менѣе, чѣмъ на двѣ недѣли; въ Англіи такое же значеніе имѣетъ совершеніе привычнымъ пьяницей въ теченіе года не менѣе трехъ полицейскихъ проступковъ, указанныхъ въ законѣ 1898[108]).

VIII. Изъ ученія о винѣ и вмѣняемости, какъ необходимомъ предположеніи первой, а также наказанія, вытекаетъ, что *субъектомъ преступленія можетъ быть только человѣкъ, физическое лицо, но не юридическое.*

Въ послѣднее время это положеніе подверглось критикѣ со стороны нѣкоторыхъ криминалистовъ (Гаффтеръ, Местръ), которые на почвѣ ученія Гирке, видящаго въ юридическихъ лицахъ дѣйствительныхъ, а не правомъ созданныхъ субъектовъ права, настаиваютъ на существованіи особой воли юридическаго лица и даже преступной (такъ Гаффтеръ) ассоціаціи, воли отличной отъ воли отдѣльныхъ входящихъ въ это единство членовъ, способной вызывать преступленія и связанную съ послѣдними уголовную отвѣтственность. Послѣдняя падаетъ на юридическое лицо или на данную ассоціацію вообще. Этотъ взглядъ основанъ на нѣкоторыхъ аналогіяхъ и сближеніяхъ и оперируетъ все время не съ точными понятіями, а съ метафорами. Воля юридическаго лица не есть, конечно, воля каждаго участника

вленіи убійства) Справедливыя возраженія противъ этого мнѣнія въ докладѣ Garçon'a: такой порядокъ угрожалъ бы индивидуальной свободѣ, если при помѣщеніи въ лечебницы вполнѣ невмѣняемыхъ, не совершившихъ преступнаго дѣянія, возможны ошибки и злоупотребленія, то вѣроятность ихъ еще возрастаетъ, когда рѣчь идетъ о труднѣе распознаваемомъ состояніи уменьшенной вмѣняемости.

107) См. Aschaffenburg, V. D. I, 81—84.

108) См Жижиленко, Наказаніе, 323, 324 О характерѣ англійскихъ убѣжищъ (реформаторій), о связи алкоголизма съ психическими дефектами по даннымъ англійской практики и о результатахъ леченія см у Люблинскаго Очеркп 638—662. О замѣнѣ обычнаго заключенія заключеніемъ въ убѣжища для алкоголиковъ принято пожеланіе на Будапештскомъ пенит конгрессѣ 1905 г. Привычное пьянство отягчаетъ наказаніе въ Италіи, но послѣднее можетъ быть отбываемо въ особомъ убѣжищѣ, которыхъ пока (1908 г.) нѣтъ. Manzini, II, № 365.

послѣдняго, а воля большинства, въ конкретномъ дѣйствіи—воля всѣхъ членовъ правленія, директора-распорядителя, поскольку они держатся въ границахъ своихъ полномочій, но это воля *не естественная, не психологическая способность, а искусственная*:[109]) воля разсматривается, какъ воля юридическаго лица, потому что уставъ послѣдняго опредѣлилъ, чью волю можно признавать волей корпораціи или учрежденія. Между тѣмъ уголовное право имѣетъ въ виду проявленіе естественной воли, опредѣленнаго психологическаго процесса. Если большинство общаго собранія акціонеровъ постановитъ скрыть активъ и прекратить платежи, то отвѣчаетъ за злостное банкротство правленіе или тѣ его члены, которые выполнили это постановленіе, и акціонеры, которые побудили правленіе къ этому, принявъ это постановленіе, но не юридическое лицо, которое, какъ понятіе, не можетъ быть подвергнуто тюрьмѣ или исправительнымъ арестантскимъ отдѣленіямъ и лишено особенныхъ правъ, напр., титула и т. п. Не подлежатъ наказанію и тѣ акціонеры, которые не присоединились къ этому постановленію. Еще болѣе ясно, что акціонерное общество или клубъ не могутъ совершить убійства или подлога. Закрытіе общества, лишеніе его привилегій, наложенная на него денежная пеня не суть наказанія, сколько бы ни уподоблять закрытія смертной казни, какъ дѣлаютъ указанные криминалисты никакое психологическое воздѣйствіе, никакое неодобреніе не мыслимы въ отношеніи юридическаго лица, какъ такового, ибо оно не болѣе, чѣмъ продуктъ абстракціи отъ его субстрата—совокупности лицъ, имущественной массы. Если общество закрыто, то это, можетъ быть, почувствуютъ его члены, и то, вѣроятно, не всѣ, но почувствуютъ такъ, какъ приняли бы извѣстный убытокъ или неудобство отъ административной мѣры, и въ дѣйствительности закрытіе, денежная пеня и т. п. не имѣютъ характера наказанія. Если это пеня фискальная, то это совершенно ясно (см. выше), а уголовная пеня падетъ не на юридическое лицо, хотя бы общее собраніе и рѣшило ее затѣмъ покрыть, а на тѣхъ лицъ, на обязанности которыхъ лежали извѣстныя дѣйствія или которыя должны были воздержаться отъ дѣйствій, запрещенныхъ закономъ, подъ страхомъ пени. Такъ, за открытіе склада акціонернаго общества въ праздничный день или за неочистку двора будутъ отвѣчать тѣ органы общества, которые совершили эти проступки, и къ суду будутъ привлечены именно они[110]). Закрытіе юрид

---

109) То же, mutatis mutandis, слѣдуетъ сказать о волѣ ассоціаціи, не пользующейся юридическимъ признаніемъ и не составляющей юридическаго лица. Возможна отвѣтственность за принадлежность къ ней, какъ за delictum sui generis, но не за преступленія, совершенныя другими ея членами.

110) Такъ и нашъ Сенатъ (рѣш. 1884 г. № 4, 1885 г. № 28, 1896 г. № 17), и Н. С. Таганцевъ, № 96. Англо-американское право обращаетъ денежную пеню прямо на юридическое лицо, напр., общество жел. дорогъ. Въ пользу этого порядка Bar, II, 156 (тамъ, гдѣ это не нака-

лица, лишеніе его привилегій не связано съ опредѣленнымъ, предусмотрѣннымъ закономъ поведеніемъ, а съ вредомъ или опасностью его, съ точки зрѣнія администраціи. Это предупредительныя мѣры. Уже изъ того, что юридическое лицо не имѣетъ дѣеспособности, вытекаетъ, что оно само не можетъ дѣйствовать, а дѣйствіями его признаются дѣйствія его органовъ и при томъ только такія, которыя предусмотрѣны его уставомъ и которыя поэтому не могутъ относиться къ категоріи преступныхъ. Преступленіе юридическаго лица такая же нелѣпость, какъ вступленіе его въ бракъ

Нѣчто, напоминающее отвѣтственность юридическихъ лицъ или скорѣе коллективную отвѣтственность, сохранилось въ Улож. о нак., въ ст. 530 и 985, карающихъ денежной пеней еврейское общество, въ которомъ укрывался военный бѣглецъ изъ евреевъ (ст. 530), и общество, отпустившее вторично съ паспортомъ неспособнаго снискивать себѣ пропитаніе трудомъ Но и эта пеня скорѣе понудительная мѣра, чѣмъ наказаніе.

заніе въ собств. смыслѣ) и Liszt, § 28, пр 3 Англійскіе и американскіе юристы полагаютъ, что юридич. лица подлежатъ угол. отвѣтственности за всѣ преступныя дѣянія, которыя имъ доступны по ихъ природѣ, по свойству ихъ отношеній и обязанностей См. Lilienthal, 95-97. Объ отсутствіи необходимости въ возложеніи уголовной отвѣтственности на юридич. лица Manzini, I, 383, 384; Lilienthal, 100.

ГЛАВА IX.

Формы проявленія вины. Умыселъ.

I. Условія вмѣненія дѣянія въ вину; невмѣненіе случайнаго результата. II. Умыселъ 1. опредѣленіе и элементы умысла, 2. воля и представленіе, какъ элементы умысла a) волевая теорія; b) теорія представленія; c) теорія мотивовъ III. Умыселъ прямой и умыселъ эвентуальный 1. умыселъ прямой; 2. умыселъ эвентуальный a) сущность понятія и отграниченіе отъ неосторожности—luxuria; b) возраженія противъ dolus eventualis, c) ученіе о трехъ формахъ вины; d) dolus eventualis и умыселъ поставленія въ опасность· e) эвентуальный умыселъ при формальныхъ деликтахъ, f) эвентуальный умыселъ въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ. IV. Другіе спорные элементы умысла. V. Другіе виды умысла, въ частности dolus indirectus, а также dolus praemeditatus и dolus specialis.

Литература: *Binding*, Normen, II, *Kohler*, Studien, I, *Bar*, Gesetz und Schuld, II, § 143, слѣд *Frank* въ Z. X (1890 г.), 169, слѣд. *Klee*. Der dolus indirectus als Grundform der vorsatzlichen Schuld, 1906. *Stoos* въ Z XV, 199, въ Z. f. Schweiz Strafrecht, XII (1899 г.), 1 и въ Grunhuts Zeitschr. f priv. und offentl. Recht, XXXI (1904), 1. *Rohland*. Willenstheorie und Vorstellungstheorie im Strafrecht, 1904. Доклады *Liszt'a* и *Stenglein'a* 24 съѣзду германск. юристовъ (Verhandlungen, d. 24 Deut. Jurist. tages, 1897, т. I, и *Liszt* въ Aufsatze, II, 251). *Kohlrausch* въ Reform, I, 180; далѣе работы, указан. въ литер къ главѣ VII. *M. Mayer'a Kohlrausch'a, C. Schmitt'a, Beling'a, Mittelstädt'a, Rosenfeld'a, Liepmann'a, Löffler'a*, и *Фельдштейна* (обѣ послѣдн. главн. образ по исторіи вопроса), особенно важны *Hippel*. Die Grenze von Vorsatz und Fahrlassigkeit, 1903 г. и въ V. D. III, 373—599; изъ курсовъ *Таганцева*, *Manzini*, *Florian*, комментар. *Frank'a*. См еще статью *Станкевича* въ Ж. М. Ю. 1915 г, № 5, *Sauvard* Du délit d'imprudence 1900 г. и *Raoul-Duval*. Du dol eventuel. 1900. Къ ц V. *Мокринскій*, II, 167, слѣд Указанія старой литерат. у *Таганцева*, *Binding'a*, *Hippel'я* и *Löffler'a*

I. Вмѣняемость есть лишь условіе, при наличности котораго только и можетъ возникнуть вопросъ о виновности лица въ какомъ-либо дѣяніи или упущеніи. Признаніе его вмѣняемымъ даетъ только возможность виновности, но для установленія послѣдней, для дѣйствительнаго отнесенія преступнаго результата[1]) къ винѣ дѣйствовавшаго субъекта, т. е. для вмѣненія въ вину конкретнаго дѣянія, необходимо, чтобы именно въ немъ проявились психическія свойства личности, характеризующія вмѣняемаго субъекта, необходимо психическое отношеніе личности къ данному результату[2]), служащее проявленіемъ ея преступнаго настроенія. Совершенное дѣйствіе должно быть продуктомъ сознательной воли: только тогда можно говорить о волевомъ актѣ, о *дѣяніи*, между тѣмъ какъ *рефлекторныя дѣйствія* или мускульныя движенія, въ которыхъ не участвуетъ сознаніе, не могутъ быть относимы къ винѣ совершившаго ихъ лица, хотя бы оно было вмѣняемымъ: таково, напримѣръ, причиненіе другому увѣчья лицомъ, которое поскользнулось и при паденіи сбило того съ ногъ; точно такъ же и въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо является орудіемъ въ рукахъ другого, когда дѣйствіе или бездѣйствіе не служатъ выраженіемъ воли перваго, въ случаяхъ механическаго, или физическаго принужденія, *vis absoluta*[3]): таково, напр., вынужденное невыполненіе въ надлежащій моментъ какой-либо правовой обязанности. непереводъ стрѣлки стрѣ-

1) преступнаго результата въ широкомъ смыслѣ, такой результатъ есть при всякомъ преступленіи, т. е. и при формальномъ (см. выше, стр. 167), гдѣ онъ сливается съ самимъ дѣяніемъ. См. Liszt § 28—II.

2) Можетъ возникнуть поэтому вопросъ, не представляется ли понятіе вмѣняемости излишнимъ; къ такому выводу приходили нѣкоторые криминалисты „къ чему устанавливать еще возможность виновности, когда вопросъ не въ этомъ, а въ ея дѣйствительной наличности (Frank, Aufbau, въ указ. Festschrift, 526, 527 и еще раньше Radbruch, Handlungsbegriff, 97, 98; поэтому Франкъ сохраняетъ вмѣняемость, какъ элементъ вины, а Радбрухъ видитъ въ первой способность реагировать на примѣненіе наказанія). Но установленіе невмѣняемости обвиняемаго сразу устраняетъ изслѣдованіе вопроса о виновности, что составляетъ большое практическое преимущество (см. Beling, Unschuld, 14)

3) Иначе при психическомъ принужденіи, см. ниже (о крайней необходимости).

лочникомъ, котораго заперли или связали злоумышленники. Иногда не всѣ существенныя обстоятельства охватываются сознаніемъ вмѣняемаго субъекта, напр.: онъ уходитъ съ бала одѣвъ чужія галоши съ такими же инціалами, какъ его собственные; и такое дѣяніе, конечно, не составляетъ деликта[4]) и не свидѣтельствуетъ о преступномъ настроеніи. Во всѣхъ этихъ случаяхъ осуществленіе состава преступленія, собственно объективныхъ его признаковъ, наличность результата, сходнаго съ преступнымъ по внѣшности, принадлежитъ *къ области случая, а не вины.*

О невмѣненіи случайнаго результата содержатъ постановленія Ул. о нак., Уст. о нак и Угол. Улож., въ которомъ дается болѣе точное опредѣленіе случая, въ отличіе отъ двухъ другихъ нашихъ кодексовъ. *Ст.* 42 *Уг. Ул.* гласитъ: „*Не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, коего учинивший не могъ предвидѣть или предотвратить,*“ послѣднее выраженіе имѣетъ въ виду механическое принужденіе. Ср. ст. 93 Ул. о нак. „Зло, послѣдовавшее случайно и (вѣрнѣе, т. е.) непредвидимо, не вмѣняется содѣявшему въ вину“ Особо упоминаетъ Ул. о нак. о принужденіи отъ превосходящей непреодолимой силы и о случайной ошибкѣ. См. также ниже. Ст. 10 Уст. о нак. говоритъ о невмѣненіи проступковъ, совершенныхъ случайно.

Указанное выше психическое отношеніе между субъектомъ и дѣяніемъ господствующее мнѣніе находитъ въ умыслѣ и неосторожности[5]).

---

4) Объ этихъ случаяхъ—ошибки—и о вліяніи ея на виновность, см. ниже.

5) Въ наукѣ не установилась твердо точка зрѣнія на отношеніе между виною и умысломъ и неосторожностью, что находится въ зависимости отъ различія въ пониманіи вины и въ признакахъ умысла и неосторожности, согласно той или другой теоріи (см. ниже). умыселъ и неосторожность разсматриваются то, какъ формы виновности (Таганцевъ, 572, пр. 4, Фельдштейнъ, ор. с, V E. Deut Begr.), то, какъ виды ея (Познышевъ, 269; Бѣлогрицъ-Котляревскій, 142, Binding, Grundr., § 46, Meyer-Allfeld, 134, M. Mayer, Schuldh Handl. и въ Z., 32 т, 509; наше Угол Ул. гл I, отд 5-е), то, какъ ступени (Beling, Unschuld и т. д.), оттѣнки (Таганцевъ, 572), степени ея (Prins, № 291, Vidal, 181, Garraud, № 278), то, какъ элементы ея (Frank, 109 и Aufbau), наконецъ, какъ условія или же еще симптомы вины (C. Schmitt, ор. с. § 6, особ. 109,

Это требованіе извѣстной связи между преступнымъ результатомъ и дѣяніемъ представляетъ собою продуктъ позднѣйшаго развитія уголовнаго права, при чемъ раньше обращаетъ на себя вниманіе различіе между умышленнымъ и случайнымъ причиненіемъ вреда значеніе неосторожности для уголовной отвѣтственности подчеркивается впервые итальянской средневѣковой юриспруденціей, между тѣмъ понятіе умысла вырабатывается уже, хотя и не въ окончательной формѣ, римскими юристами, оттѣнившими моментъ преступной воли, какъ основаніе наказуемости [6]). Въ нашемъ древнемъ правѣ уже Русская Правда проводитъ различіе между злостнымъ намѣреніемъ при преступномъ дѣяніи и случаями, гдѣ его нѣтъ (убійство въ разбоѣ „безо всякія свады“ и убійство на „пиру явлено“; далѣе злонамѣренное уничтоженіе имущества—„пакости дѣя“).

II —1 *Преступный умыселъ можно опредѣлить, какъ такое проявленіе настроенія дѣйствующаго субъекта, при которомъ онъ или желаетъ осуществленія состава какого-либо преступленія, направляя свою волю на послѣднее, какъ на цѣль, или же, хотя стремится къ другой цѣли, но готовъ достигнуть ея на худой конецъ цѣною преступленія. Вина субъекта при умыслѣ заключается въ томъ, что представленіе о запрещенности результата,* представленіе, которое должно отклонить отъ предпринимаемаго дѣянія, не производитъ этого эффекта, ожидаемаго законодателемъ, *не служитъ противодѣйствующимъ мотивомъ или даже,* напротивъ, *оказывается побудительнымъ мотивомъ дѣянія.*

Преступное настроеніе субъекта при умыслѣ предполагаетъ такимъ образомъ наличность извѣстныхъ представленій, *необходимо*

1) *знаніе* субъектомъ фактическихъ *обстоятельствъ,* соотвѣтствующихъ признакамъ, *изъ которыхъ слагается объективный составъ преступленія,* напр., при кражѣ, что дѣйствіе

117, 140; у него же подробный разборъ соотвѣтствія этой терминологіи со взглядами на вину). Этотъ вопросъ оставляется часто безъ разсмотрѣнія даже такими учеными, какъ Garraud, Bar, Manzini. О взглядѣ Листа и Эткера см. выше, стр. 188, 189.

6) Подробно о развитіи понятій умысла и неосторожности, см. особенно указан (стр. 179) труды Loffler'a, Engelman'a, Beschutz'a, Фельдштейна, также Binding'a, Normen, II, 269 (о римск. правѣ). Проф. Фельдштейнъ указываетъ, что понятіе умысла было извѣстно уже мойсееву законодательству (ор. с., 449)

составляетъ похищеніе, завладѣніе, что берется вещь, что она чужая и т. п.[7]);

2) *предвидѣнье послѣдствія*, или результата дѣянія. Степень достовѣрности наступленія результата безразлична[8]) и можетъ имѣть только процессуальное значеніе· чѣмъ она больше, тѣмъ скорѣе можно сдѣлать заключеніе о наличности у дѣйствующаго субъекта умысла, напротивъ, при ничтожной вѣроятности результата, констатировать умыселъ несравненно труднѣе. *Достаточно, если результатъ представляется возможнымъ*, поэтому умыселъ на убійство есть и въ томъ случаѣ, если выстрѣлъ съ намѣреньемъ причинить смерть произведенъ на большомъ разстояніи, такъ что шансы попаданія были невелики;

3) *представленіе о способѣ наступленія послѣдствія,* о томъ, какъ будетъ развиваться причинная связь между дѣйствіемъ, какъ психо-физическимъ актомъ, и результатомъ; не требуется точность этого представленія; о томъ, насколько уклоненіе дѣйствительной причинности отъ намѣченной субъектомъ препятствуетъ вмѣненію въ умыселъ, см. ниже (объ ошибкѣ),

4) *сознаніе противоправности дѣянія*, или запрещенности его или его послѣдствія правовыми нормами.

Какъ данное опредѣленіе умысла, такъ и указанные его элементы не пользуются общимъ признаніемъ въ наукѣ, что, впрочемъ, примѣнимо и къ другимъ опредѣленіямъ; изъ элементовъ умысла внѣ спора только приведенный подъ цыфрой 1.

2. Прежде всего представляется спорнымъ введеніе въ опредѣленіе умысла волевого момента Преобладающее большинство криминалистовъ принимаетъ такъ назыв. *волевую теорію умысла* и видитъ въ послѣднемъ волю, направленную на преступный результатъ въ широкомъ смыслѣ,

7) Напротивъ, не требуется знаніе обстоятельствъ, не относящихся къ объективному составу, напр., что субъектъ достигъ возраста абсолютной вмѣняемости. Подробнѣе см. ниже, главу X.

8) Такъ нынѣ communis opinio, исключеніе составляетъ Kohler, не относящій къ умыслу случаевъ, гдѣ результатъ былъ только возможенъ (Studien, I, 70—72; такъ же Leitfaden), гдѣ же была простая вѣроятность, умыселъ только, если было прямое намѣренье. Иначе также сторонники трехъ формъ вины (ниже).

т. е. на послѣдствіе (результатъ въ тѣсномъ смыслѣ) или на самое дѣяніе, при формальныхъ деликтахъ, гдѣ результатъ совпадаетъ съ дѣйствіемъ. Другая теорія, *теорія представленія* выдвинута нѣмецкими криминалистами и получила распространеніе въ Германіи; у насъ, во Франціи и въ Италіи она почти не имѣетъ сторонниковъ [9]). Основатели этой теоріи Беккеръ и цивилистъ Цительманъ [10]), важнѣйшіе представители ея Франкъ и Листъ [11]), которые, впрочемъ, принимаютъ не всѣ ея положенія и въ послѣднее время сближаются съ волевой теоріей. Только видъ послѣдней составляетъ *теорія мотивовъ*, выдвинутая Максомъ Майеромъ [12]) *и оттѣняющая значеніе для вины мотивации личности представленіями о запрещенномъ результатѣ*: мотивы дѣйствуютъ на область чувства и воли и приводятъ къ дѣянію, какъ волевому акту. Къ этой теоріи примыкаетъ данное выше опредѣленіе.

9) См. напр., въ пользу волевой теоріи Florian, I, 314 (тамъ же указ и на друг итальянск. криминалистовъ), Manzini, II, № 303; Garraud I, № 277; Vidal, 181, слѣд; Prins, № 292, у насъ Таганцевъ, I № 144; Бѣлогрицъ-Котляревскій, 144; Кистяковскій, 87, Пусторослевъ, § 70; иначе Познышевъ, §§ 161, 162, сторонники теоріи представленія изъ нашихъ криминалистовъ Сергѣевскій, 246, 247 и проф Фельдштейнъ, op cit., 68, 69, 435.

10) Bekker, Theorie d. heutig deut Strafrechts, I, §§ 18 и 19 особ. стр. 254, Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschaft. 1879 г., 34, слѣд.

11) Frank въ указ. статьѣ въ Z. X, и комментар. 135. Liszt, 176, 127, Большинство крупныхъ нѣмецкихъ ученыхъ сторонники волевой теоріи, напр Биндингъ, Гуго Мейеръ, Альфельдъ, Белингъ, Баръ, Гельшнеръ, Меркель, Бернеръ, Липманъ (см §§ объ умыслѣ въ ихъ курсахъ и назван трудахъ) Особенную разработку получила эта теорія въ указ. работахъ Hippel'я, тамъ же указанія на другихъ сторонниковъ обѣихъ теорій.

12) M. E. Mayer, Schuldh. Handl, 144, слѣд. Къ этому взгляду нынѣ приближается и Франкъ (коммент., 134. „Der Vorsatz wird also dadurch charakterisiert dass, der Thater gewisse Vorstellungen nicht zu ausschlaggebenden kontrastierenden Motiven erhebt"), Beling, Unschuld, 34; G.E. § 20. Hippel (Grenze, 13, пр.) отводитъ взгляду Майера среднее мѣсто между теоріей волевой и теоріей представленія; самъ Майеръ считаетъ свое мнѣніе синтезомъ этихъ теорій, но волевая теорія въ сущности и прежде оперировала и съ понятіемъ представленія, Майеру принадлежитъ заслуга оттѣненія мотивирующаго значенія представленій, нѣкоторыя утвержденія его вызвали впрочемъ критику (см. Hippel, Grenze, 125, слѣд.; см еще Bar, II, 297, слѣд.)

Сущность теоріи представленія сводится къ слѣдующему: значеніе воли исчерпывается тѣлеснымъ движеніемъ и не распространяется на результатъ, который отъ воли не зависитъ, а обусловливается цѣлымъ рядомъ привходящихъ обстоятельствъ. Умыселъ характеризуется сопровождающимъ проявленіе воли, т. е. тѣлесное движеніе, представленіемъ о наступленіи результата, или предвидѣньемъ его. Эта терминологія противорѣчитъ пониманію умысла, какъ житейскому, такъ и научному (въ психологіи)[13]: вѣрно, что наступленіе результата не зависитъ отъ одной воли, но этотъ аргументъ бьетъ дальше цѣли· и для тѣлеснаго движенія недостаточно только воли, иначе при желаніи могли бы дѣлать движенія и калѣки, и паралитики; воля всегда только одно изъ условій дѣянія. Происхожденіе волевого акта свидѣтельствуетъ въ пользу волевой теоріи: представленіе о результатѣ лишь въ томъ случаѣ даетъ основаніе къ признанію умышленной вины, если находится въ извѣстномъ (см выше) отношеніи къ области воли[14].

III. Практическое значеніе спора между представителями обѣихъ теорій сказывается въ формулировкѣ эвентуальнаго умысла.

1. При *умыслѣ прямомъ* субъектъ желаетъ преступнаго результата; это въ сущности признаютъ и сторонники теоріи представленія, когда говорятъ что этотъ результатъ составляетъ *цѣль* дѣйствія (Листъ), хотя бы и не конечную, напримѣръ· взрывъ парохода въ открытомъ морѣ (ближайшая цѣль), какъ средство полученія страхового вознагражденія за погибшій преувеличенно оцѣненный грузъ (вторая преступная цѣль—полученіе противозаконной выгоды отъ страхового обмана), что̀ въ свою очередь можетъ быть средствомъ для другой цѣли, напр, кутежей. Къ прямому умыслу относятъ и такія послѣдствія, которыя не будучи цѣлью, хотя бы промежуточной, т е ступенью къ достиженію другой цѣли, настолько тѣсно связаны съ первой, что наступленіе ихъ представляется *необходимымъ*, что нельзя

---

13) См возраженія у Hippel'я, Bar'a, op c, Rosenfeld'a

14) Изъ психологовъ такъ Iodl, Theod. Lipps, Wundt (см Rosenfeld, Z. 32 т, 479, слѣд.); см. еще замѣчаніе Bar'a, II, 274, пр. 1; Liepmann, 46.

желать одного безъ другого: такое послѣдствіе, напримѣръ, гибель экипажа и пассажировъ на обреченномъ на уничтоженіе пароходѣ [15]).

2.-а. Но тамъ, гдѣ преступный результатъ не столь тѣсно связанъ съ тѣмъ, который составляетъ цѣль дѣйствія, гдѣ *наступленіе* перваго *только возможно* сторонники теоріи представленія особенно подчеркиваютъ, что отнесеніе его на счетъ воли представляется неправильнымъ, такъ въ обычныхъ примѣрахъ *dolus eventualis*: хозяинъ гостиницы немедленно послѣ смерти постояльца отъ дифтерита сдаетъ ту же комнату другому лицу, не произведя дезинфекціи, вопреки указанію врача; зараженная публичная женщина продолжаетъ принимать мужчинъ; акушерка не оставляетъ практики на время гнойнаго нарыва на пальцѣ, подданный подписывается на заемъ, выпускаемый государствомъ, ведущимъ съ его родиной войну; кто-либо поджигаетъ усадьбу, въ которой живетъ тяжко больной. Въ этихъ случаяхъ результатъ, къ которому стремится лицо,—полученіе выгоды, заработка, месть (цѣль сама по себѣ преступная или же дозволенная); второй результатъ—зараженіе и смерть или разстройство здоровья, содѣйствіе враждебному государству, смерть отъ пожара—представляется не неизбѣжнымъ, можетъ и не послѣдовать новый постоялецъ недавно перенесъ дифтеритъ, мужчина самъ страдалъ lues, до реализаціи займа заключенъ миръ и т д., въ большинствѣ этихъ случаевъ второй результатъ даже непріятенъ лицу, предпринимающему дѣяніе, напр новый случай дифтерита подорветъ репутацію гостиницы и т. д Говорить, что субъектъ желалъ этихъ послѣдствій, одни находятъ [16]) неправильнымъ, другіе во всякомъ случаѣ неточнымъ [17]). Въ этомъ именно заключается главное

15) Случай съ „Мозель" въ Бременской гавани. См мои задачникъ. № 15, Liszt, 177; Hippel, Grenze, 82, слѣд , Binding, II, 441; M. Mayer, op c. 159, слѣд., особ 164; ср Frank, комментар. § 59—I, 2. За dolus event. въ этихъ случаяхъ W. Mittermaier, Beitrage, 48.

16) Познышевъ, § 160; Станкевичъ, Ж. М Ю. 1915, №5, стр 55

17) Frank, 135; Beling, Unschuld, 38, Liszt, 176, пр. 2; въ итогѣ разногласіе сводится тогда къ спору о словахъ, такъ Liszt, Frank, 135, Kohlrausch, Reform I, 186, вопросъ скорѣе въ подысканіи наиболѣе удобной для практики формулы эвентуальнаго умысла. Ср Hippel V. D. III, 525, 526.

возраженіе противъ волевой теоріи и основаніе не вносить въ опредѣленіе умысла направленія воли на результатъ[18]), чтобы сохранить возможность эвентуальнаго умысла, оперируя моментомъ предвидѣнья, тогда какъ другіе совершенно отвергаютъ этотъ видъ умысла, а третьи хотятъ создать особую форму вины, промежуточную между умысломъ и неосторожностью.

Теорія представленія опредѣляетъ умыселъ, какъ сопровождающее проявленіе воли (тѣлесное движеніе) представленіе о (противоправномъ) результатѣ или какъ предвидѣнье послѣдствій. Но независимо отъ того, что представленіе само по себѣ не способно дать основаніе винѣ, эта теорія встрѣчаетъ *затрудненіе въ опредѣленіи границы между умысломъ и неосторожностью типа luxuria, т. е. преступной самонадѣянностью или легкомысліемъ.* При такой неосторожности субъектъ также представляетъ себѣ возможность результата, напр.: стрѣлокъ, сбивающій выстрѣломъ предметы, лежащіе на головѣ партнера,—возможность попаданія въ послѣдняго. Даже Вильгельмъ Телль, въ извѣстной легендѣ, спряталъ вторую стрѣлу для Геслера на случай, если бы убилъ сына. Правда, неосторожность опредѣляется этой теоріей, какъ непредвидѣнье результата, который можно было предвидѣть [19]), но подъ предвидѣньемъ, какъ указано, нельзя разумѣть представленіе о неизбѣжности, необходимости результата, иначе, гдѣ такого представленія нѣтъ приходилось бы отвергнуть и прямой умыселъ, что, однако, противорѣчитъ общему мнѣнію ученыхъ, въ томъ числѣ Листа и Франка. Если же предвидѣнье есть не болѣе, чѣмъ представленіе о возможности, то его нельзя отрицать и въ приведенномъ примѣрѣ luxuria при всемъ искусствѣ стрѣлка.

---

18) Liszt. (l. c.) указываетъ еще на ту некорректность волевой теоріи, что желаніе относятъ къ уже существующимъ признакамъ деликта, тогда какъ воръ не желаетъ, чтобы похищаемая вещь была чужая, но возражаетъ Hippel, воръ желаетъ использовать это свойство вещи и въ волевомъ процессѣ представленіе объ этомъ свойствѣ играетъ ту же роль, что и представленіе о дѣйствіи тѣлодвиженія (V. D III, 522, прим.), см. еще (противъ Листа) Rosenfeld, Z 32 т, 186—187 и Meyer-Allfeld, 146, прим. 19.

19) Liszt, 187.

Рѣчь можетъ идти только о большей или меньшей вѣроятности, но степень ея имѣетъ лишь процессуальное значеніе. Приходилось бы или и такіе случаи относить къ dolus [20]) или же и указанные выше (стр. 275 (къ luxuria [21]) Самъ Листъ пользуется для характеристики dolus eventualis дополнительными признаками; субъектъ „не отклоняетъ послѣдствія", или „не приходитъ къ сужденію, что результатъ не наступитъ" [22]).

Франкъ, формула котораго принимается и нѣкоторыми сторонниками волевой теоріи, не могъ ограничиться въ опредѣленіи эвентуальнаго умысла однимъ признакомъ предвидѣнья: *согласно Франку, заключеніе къ эвентуальному умыслу оправдывается, если и при опредѣленномъ знаніи (увѣренности) о наступленіи послѣдствія виновный не отказался бы отъ дѣянія, въ противномъ случаѣ—luxuria* [23]). Такимъ образомъ рѣшеніе

---

20) Такъ и предлагаетъ Sauvard, op c. 28, 29, Ср. Thyren, Abh II 139, Beling., op. c, 38.

21) Такъ Halschner, I, 304; Janka-Kallina 92, 93.

22) Liszt, 178; см. по этому поводу Hippel, V. D. III, 520: Листъ прибѣгалъ и къ признаку согласія, соизволенія на результатъ *(Einwilligung)*

23) Frank, 142; Liszt, 178, Hippel, V. D. III, 506 и Grenze, 140, Beling, 39, пр. 2, сходно Meyer-Allfeld, 146, 147, G.E. § 20. С.В. Познышевъ подчеркиваетъ, что для эвент. умысла существенно отсутствіе расчета на какое-либо *опредѣленное обстоятельство*, способное этотъ результатъ предотвратить Этотъ моментъ дѣйствительно можетъ имѣть большое *процессуальное* значеніе. Этотъ моментъ отмѣчаетъ и Finger (I, 259 если „не *дастъ* ничего, чтобы избѣгнуть этого представляемаго, какъ возможный, результата"); ср. еще примѣръ у Prins'a № 315 (при расчетѣ на „счастливую звѣзду" - dolus event); Объясненія къ проекту Уг. Ул., I, 406. О *надеждѣ* на ненаступленіе результата, какъ рѣшающемъ мотивѣ, при luxuria говоритъ Hippel, Grenze, 140. Формулу Франка принимаетъ въ позднѣйш. рѣш. германск. высш. судъ (Reichsgericht), прежде характеризовавшій эвентуальный умыселъ, какъ *соизволеніе* на результатъ. Такъ и нынѣ австр. прав проектъ § 6. Менѣе точно также опредѣленіе эвент умысла, какъ «*допущенія послѣдствій*»; такъ *Угол Уложс*, ст. 48; Пусторослевъ, 329, желающій замѣнить понятіе эвентуальнаго умысла понятіемъ уклончиваго умысла и опредѣляющій его, какъ допущеніе послѣдствій, вынужденное другими желаніями, Таганцевъ, 601, характеризующій эвент. умыселъ, какъ преступное безразличіе. См. по поводу психологической невозможности безразличнаго отношенія къ результату Thyren, op. c. 132, M. Mayer, Schuldh. Handl., 155, Познышевъ,

въ итогѣ зависитъ не отъ одного предвидѣнья, а также отъ особаго отношенія субъекта къ этому результату [24]), отъ готовности его перешагнуть и черезъ это препятствіе.

Несомнѣнно такое отношеніе свидѣтельствуетъ о преступномъ настроеніи личности, при томъ о настроеніи, по интенсивности весьма близкомъ къ прямому умыслу къ дѣянію опредѣляетъ весь комплексъ представленій, среди которыхъ могутъ быть и непріятныя, если взять ихъ изолированно, но ихъ непріятность перевѣшивается представленіемъ объ удовольствіи, ожидаемомъ отъ достиженія цѣли [25]) субъектъ предпочелъ бы достигнуть ея безъ непріятныхъ для него послѣдствій, съ нею связанныхъ, но все-же онъ лучше хочетъ осуществленія и того, и другого, чѣмъ ни того, ни другого. Таково отношеніе его къ результату при dolus eventualis, но оно часто не бываетъ инымъ и при dolus directus. кто убиваетъ родственника для полученія наслѣдства, предпочелъ бы, чтобы тотъ самъ поскорѣе умеръ, безъ рискованнаго и, можетъ быть, ужаснаго и для самого убійцы насильственнаго акта, но лучше, съ его точки зрѣнія, получить наслѣдство посредствомъ убійства, чѣмъ отказаться отъ послѣдняго и вмѣстѣ съ тѣмъ отъ немедленнаго обогащенія. При другомъ взглядѣ на сущность умысла, при отнесеніи къ нему только желанныхъ послѣдствій, т е такихъ, которы представляются ему *пріятными*, въ области умышленной вины осталось бы только незначительное количество преступныхъ дѣяній, предпринимаемыхъ ради ихъ самихъ, не преслѣдующихъ другихъ цѣлей, кромѣ причиненія запрещеннаго результата Однако никто изъ противниковъ волевой теоріи или же понятія эвентуальнаго умысла въ любой его фор-

---

281, Пусторослевъ, 327. *Въ романской литературѣ dolus eventualis въ сущности есть dolus indirectus*, съ которымъ онъ сливался въ старой доктринѣ См. Florian, I, 322, Manzini, II, № 308, Garraud, 545, 546 (583е изд. 1913 г.); Garçon, Art 1, №№ 90–95, Исключеніе Prins, № 315

24) См. Beling, Unschuld, 39, пр. 2 Это признаетъ и Frank, 135. Справедливо указываетъ Hippel, V D, 520, 521, что лишь та теорія, которая основывается *только* на опредѣленности представленія, можетъ быть названа истинной теоріей представленія

25) См Hippel, 494, слѣд, Finger, 258, пр 347, Meyer Allfeld, 147. У Гиппеля ссылки на психологовъ (Зигварта, Пфендера и др.; см также Grenze, 152, прилож II).

мулировкѣ не имѣетъ въ виду ограничить область умышленной вины до такой степени.

b. Въ наукѣ высказывается иногда мнѣніе, что эвентульный умыселъ есть непригодное для законодательства, искусственное понятіе, ненужное изобрѣтенье доктрины, неуловимое для судебной практики, создающее для нея только излишнія затрудненія:[26]) суду приходится установить, если пользоваться формулой Франка, что сдѣлалъ бы обвиняемый при увѣренности въ наступленіи результата, тогда какъ едва ли бы самъ обвиняемый могъ категорически рѣшить для себя этотъ вопросъ; его судили бы не за дѣйствительное отношеніе къ результату, а за гипотетическое, въ сущности навязанное ему;[27]) рѣшеніе основывалось бы на догадкахъ и въ итогѣ зависѣло бы отъ того, какое впечатлѣніе произвела на судей личность обвиняемаго, болѣе или менѣе благопріятное. Нельзя, однако, признать эти возраженія существенными: нерѣдко въ уголовныхъ дѣлахъ вызываетъ затрудненіе констатированье и прямого умысла, мотива, вообще субъективныхъ моментовъ; нерѣдко при этомъ въ основаніе выводовъ кладется и общая характеристика подсудимаго,[28]) но никто изъ-за этого не думаетъ выбрасывать за бортъ указанныхъ понятій; въ случаяхъ сомнѣнія по поводу наличности такихъ субъективныхъ моментовъ, оно, по общему правилу, должно быть истолковано въ пользу обвиняемаго (in dubio pro reo) Къ тому же эти затрудненія не слѣдуетъ преувеличивать: о настроеніи, характерномъ для эвентуальнаго умысла, можетъ быть

---

26) См. возраженія у Thyren'a Abhandlungen, II, passim, Bar'a, II, особ. §§ 170, 171, Kohlrausch'a, 198; Miřička, 30—35; Станкевича, ор. с.; Stooss'a, Lehrb 90; Loffler'a, V.D B Th V, 367, 368, пр.

27) Противъ этого, приводимаго другими (см предыд прим.) возраженія Kohlrausch, 201: „психологическая ситуація другая" субъектъ говоритъ себѣ: я продолжаю свое дѣяніе и буду продолжать, если даже я навѣрное совершу преступленіе, сравненіе съ гипотетическимъ случаемъ не навязывается судьей, а дѣлается самимъ дѣйствующимъ субъектомъ; основаніемъ для обсужденія дѣла служитъ конкретно предлежащій психологич. матеріалъ.

28) Kohlrausch, 202; Liszt, Aufsatze, II, 261. Bergundung къ G.E. 26, 27

сдѣланъ часто достаточно обоснованный выводъ, опирающійся, напримѣръ, на тѣсную, хотя и не необходимую, связь эвентуальнаго результата съ результатомъ, служащимъ цѣлью дѣянія, на большую вѣроятность и перваго изъ нихъ обоихъ, на силу стремленія къ непосредственной цѣли [29]), не останавливающагося ни передъ чѣмъ, на собственныя заявленія субъекта дѣянія. Приведенные выше примѣры доказываютъ, что въ жизни бываютъ случаи dolus eventualis, что это не плодъ научной фантазіи [30]), если отвергнуть это понятіе, возникаетъ вопросъ, куда эти случаи отнести, къ какому виду вины? Обрисованное выше отношеніе субъекта къ результату не позволяетъ отнести ихъ къ luxuria: достаточно сравнить настроеніе хозяина гостиницы въ приведенномъ примѣрѣ съ настроеніемъ его въ сходномъ, нѣсколько видоизмѣненномъ случаѣ: онъ принялъ мѣры дезинфекціи, но менѣе дѣйствительныя, чѣмъ предписалъ врачъ, полагая, что все обойдется благополучно и безъ такой тщательности, пріѣзжій заболѣлъ (luxuria) [31]). Такимъ

---

29) Такъ даже Bar, II, 332, усматривая однако тогда dolus directus; см. также Kohlrausch, l. c., который, впрочемъ, полагаетъ, что, хотя при dolus eventualis рѣчь идетъ о вмѣненіи конкретнаго психологическаго состава, но въ сущности признаютъ не вину, а скорѣе опасность обвиняемаго (203, 204)

30) Bar ссылается на сбивчивость германск. судебной практики и на тенденцію распространить отвѣтственность за умыселъ на случаи, гдѣ его нѣтъ; это дѣйствительно наблюдается тамъ, гдѣ Reichsgericht довольствовался для dolus eventualis представленіемъ о возможности, но не пользовался формулой Франка (см критику рѣшеній у Гиппеля, ор с) такъ, когда умышленнымъ непотребствомъ съ лицомъ ниже 14 лѣтн. возраста, признавали и случай такого деликта, въ которомъ субъектъ не былъ увѣренъ, что дѣвушкѣ болѣе 14 л., или когда умышленное распространеніе запрещеннаго изданія признано въ случаѣ передачи его *одному* лицу, безъ увѣренности въ томъ, что книга не попадетъ въ другія руки (см. Bar, 343, пр. 106*a*).

31) Такъ Liszt, Aufsatze, II, 282, напротивъ, Bar, II, 339—340, пр. 104, видитъ и въ первомъ случаѣ неосторожность, видоизмѣняя впрочемъ примѣръ такъ, что онъ приближается дѣйствительно къ послѣдней хозяинъ провѣтрилъ помѣщеніе Иногда вообще возраженія противъ dolus eventualis основываются на критикѣ примѣровъ, которая потому оказывается убѣдительной, что въ послѣднихъ отсутствуетъ настроеніе, характерное для этого умысла; таковъ случай пусканія фейер-

образомъ оставался бы развѣ одинъ выходъ· признать существованіе третьей формы вины, промежуточной между dolus directus u luxuria и охватывающей случаи нынѣшняго dolus eventualis, но этимъ затрудненія для практики были бы только увеличены, ибо, чѣмъ больше граней, тѣмъ больше шансовъ ихъ нарушенія въ сомнительныхъ случаяхъ· то, что составляетъ область эвентуальнаго умысла, нужно было бы отличать не только отъ области luxuria, но и отъ области прямого умысла Но независимо отъ этого, настроеніе при dolus eventualis, какъ было указано (стр. 278), часто такое же, какъ при dolus directus [32]). Оно скорѣе должно вызывать большее осужденіе въ случаяхъ, когда виновному доставляетъ удовлетвореніе именно преступный результатъ, какъ таковой, когда онъ служитъ конечной цѣлью дѣянія эти случаи могли бы быть выдѣлены въ особый видъ *прямого* умысла [33]).

с. Ученіе о трехъ формахъ вины намѣчено Леффлеромъ и высказано болѣе рѣшительно Milička. Леффлеръ различаетъ 1) намѣреніе, при которомъ результата субъектъ желаетъ, 2) завѣдомость (Wissent-

---

верка вблизи легко воспламеняющейся постройки (примѣръ приводится Таганцевымъ, 601, признающимъ dolus), конечно, дѣяніе нельзя по степени виновности сравнить съ поджогомъ (возраженіе Станкевича, 66). но здѣсь нѣтъ умысла и съ точки зрѣнія сторонниковъ dolus eventualis при увѣренности въ воспламененіи постройки. пускающій фейерверкъ отказался бы отъ своей затѣи См. также другіе примѣры у Станкевича (60, 75)· выбрасываніе вещи изъ окна съ предвидѣньемъ возможности попаданія въ прохожаго, примѣненіе новаго лечебнаго средства въ видѣ опыта (конечно, причиненіе вреда не охватывается умысломъ· увѣренность въ неудачѣ опыта, конечно. отклонила бы врача отъ пробы средства). Ср Hippel. V. D. III, 427, пр. 3, и Liszt. Aufsatze, 261, по поводу примѣровъ Stooss'a въ Z. XV, 199, слѣд., и Liszt (ibid., 276) противъ нѣкоторыхъ рѣшеній Reichsgericht'a; ср. Bar, II, § 173

32) Ср. Beling, 36, 40 (между luxuria и dolus eventualis —пропасть; въ первомъ случаѣ недостаточность процесса волеобразованія, во второмъ порочность содержанія воли), Hippel, V. D, 539—541 (неправильно, впрочемъ, его утвержденіе, что только при умыслѣ настроеніе субъекта (эгоизмъ), за меньшую наказуемость Prins, № 304, Rosenfeld, Z. 32 т. 491 ибо послѣдствіе лишь mitgewollt) и противники dolus eventualis, напр: Loffer, V D B Th, V, 369, сходно Saleilles, 234.

33) Такъ Binding, Grundr, 127, и, повидимому, Frank, коммент. 134 и, примыкая къ Binding'y Begrund. къ GE. см. GE § 21, ч. 2. Если побудительнымъ мотивомъ служитъ удовольствіе отъ результата, принадлежащаго къ составу преступленія, то виновный дѣйствуетъ злостно (boswillig).

lichkeit)—результатъ онъ предвидитъ но не желаетъ, 3) неосторожность—онъ не предвидитъ и не желаетъ результата, но могъ и долженъ былъ его предвидѣть и избѣгнуть. Но при завѣдомости Леффлеръ различаетъ степени предвидѣнья и случаи очень большой вѣроятности результата находитъ заслуживающими такого же наказанія какъ случаи намѣренья, а случаи, гдѣ вѣроятность очень мала, сближаетъ по наказуемости съ неосторожностью Такимъ образомъ среднюю ступень составляетъ только предвидѣнье результата, вѣроятность наступленія котораго не очень велика, но и не незначительна De lege ferenda вся вина получаетъ у Леффлера значеніе „Wissentlichkeit", которая распадается на три ступени, переходящія по размѣру наказанія одна въ другую [34]) Miřička строже выдерживаетъ основное подраздѣленіе Леффлера и *всѣ* случаи завѣдомости (Wissentlichkeit) относитъ къ средней формѣ вины dolus eventualis и luxuria—оба принадлежатъ къ ней, и даже случаи, гдѣ результатъ представлялся необходимымъ, но не былъ цѣлью дѣянія, относимые большинствомъ къ прямому умыслу; въ области Absicht—намѣренія остаются случаи, гдѣ результатъ былъ цѣлью; къ неосторожности относится безсознательная вина (negligentia) [35]).

d. Въ литературѣ была сдѣлана попытка устранить спорное понятіе эвентуальнаго умысла сведеніемъ его къ *умыслу поставленія въ опасность* (теорія Штосса [36]). По мнѣнію сторонниковъ этой теоріи, въ случаяхъ, относимыхъ къ dolus eventualis, дѣйствительно есть умыселъ, но направленный не на причиненіе вреда правовому благу, а на созданіе для него опасности. Соотвѣтственно съ этимъ моментъ оконченнаго деликта—наступленіе послѣдней, причиненія дѣйстви-

---

34) Loffler, Schuldformen, 5—10. Сходно Thyren, Abhandl., II, 153. По существу такъ же Loffler въ V D. Bes Th. V, 367—369, оперируя только вмѣсто степени вѣроятности результата степенью опасности дѣянія. См. ниже теорію Штосса, на близость къ которой своей точки зрѣнія указываетъ самъ Loffler (367, пр 2)

35) Miřička, op. c 103, слѣд Сходно Saleilles, L'individualisat, 234 и 197, 198. Только историческое значеніе имѣетъ подраздѣленіе вины Kostlin'омъ (N. Revision, § 111) намѣренье прямое, намѣренье непрямое, объемлющее impetus, т. е видъ умысла (см ниже), и luxuria, и culpa (безсознательную неосторожность, нынѣ называемую negligentia)

36) Въ указ статьяхъ и Lehrb, 90. Эту точку зрѣнія принимаютъ Станкевичъ, op. c и Bar, II, 343, пр 108, близокъ къ ней Loffler (см. выше, пр. 34). Иначе оперируетъ съ понятіемъ о пасности Klee, op c., конструируя dolus indirectus (см. ниже).

тельнаго вреда не требуется[37]); это приводитъ далѣе къ установленію въ особенной части спеціальныхъ деликтовъ поставленія въ опасность съ наказуемостью, отличной отъ сходныхъ деликтовъ причиненія вреда тѣмъ же благамъ[38]). Независимо отъ осложненія особенной части такими постановленіями[39]), эта теорія страдаетъ и другими, болѣе существенными дефектами. если для умысла довольствоваться представленіемъ объ опасности, то едва ли можно отвергнуть наличность его и при luxuria опасность есть не что иное, какъ близкая возможность наступленія вреда, а такую возможность сознаетъ нерѣдко и тотъ, кто дѣйствуетъ неосторожно, легкомысленно или самоувѣренно[40]) Если же требовать для умысла и воли, въ смыслѣ *прямого желанія* опредѣленнаго послѣдствія или состоянія[41]), то *этого* желанія поставить благо въ опасность у субъекта нельзя констатировать въ случаяхъ, нынѣ объемлемыхъ эвентуальнымъ умысломъ такъ въ приведенныхъ выше примѣрахъ опасность для здоровья или жизни другого или для государства представляется хозяину гостиницы, акушеркѣ, подданному и т. д также только непріятнымъ придаткомъ, какъ и наступленіе дѣйствительнаго вреда. Съ другой стороны, преступное настро-

---

37) Вмѣстѣ съ тѣмъ отвергается возможность покушенія cum dolo eventuali (Stooss, l. c, Станкевичъ; см. ниже, о покушеніи).

38) Швейцарскій проектъ вводитъ деликтъ поставленія въ опасность чужой жизни или здоровья Въ пользу этого постановленія, признавая, что на практикѣ оно сократитъ примѣненіе понятія dolus eventualis, Liszt (V D B. Th, V, 152--156), но находя, что независимо отъ случаевъ, объемлемыхъ этимъ постановленіемъ, есть рядъ другихъ, гдѣ dolus eventualis сохраняетъ свое значеніе; это постановленіе. по Листу, должно обезпечить наказуемость грубой безрезультатной *неосторожности*. Но швейц проектъ устанавливаетъ для случаевъ, которые имѣетъ въ виду Liszt, слишкомъ высокое наказаніе (см. contra Hippel, V. D. III, 429, пр. 4), и требуетъ *большой* опасности.

39) Затрудненія въ формулировкѣ другихъ составовъ поставленія въ опасность, кромѣ созданнаго швейцарск проектомъ, признаетъ и Станкевичъ, 76.

40) См. прим. 38 и Hippel, op. c., 428 и 524, а также ниже о неосторожности и о понятіи опасность.

41) Именно такъ Stooss, Bar, Станкевичъ.

ніе субъекта идетъ дальше [42]): онъ готовъ на худой конецъ даже причинить самый вредъ, между тѣмъ какъ при умыслѣ поставленія въ опасность воля ограничивается только этимъ, а въ отношеніи *вреднаго результата* у субъекта можетъ не быть и того настроенія, которое характерно для случаевъ dolus eventualis [43]), т. е. будь увѣренность въ наступленіи вреда, субъектъ отказался бы отъ своего дѣянія [44]).

Любопытенъ примѣръ изъ практики, приводимый Гиппелемъ желѣзнодорожный сторожъ, съ цѣлью получить награду за предупрежденіе катастрофы, самъ снимаетъ рельсы въ одномъ изъ участковъ пути передъ проходомъ поѣзда и въ критическій моментъ даетъ сигналъ послѣднему объ остановкѣ. Здѣсь чистый умыселъ поставленія въ опасность.

е Теорія Штосса непримѣнима далѣе къ случаямъ, въ которыхъ *сомнѣніе* субъекта *относится* не къ послѣдствію дѣянія, а *къ другимъ признакамъ состава преступленія*, и въ которыхъ господствующее мнѣніе усматриваетъ также dolus eventualis, если только виновный не отказался бы отъ совершенія дѣянія и при увѣренности въ наличности этого признака [45]), напр., и при увѣренности въ томъ, что дѣвочкѣ менѣе 14 лѣтъ, въ приведенномъ выше (прим. 30)

---

42) См. Liszt, Aufsatze, II, 261; въ примѣрѣ приводимомъ Stooss'омъ, а за нимъ Станкевичемъ (75)—врачъ производитъ опытъ и переноситъ раковую опухоль съ оперированной груди паціентки на здоровую—Листъ справедливо находитъ не только поставленіе въ опасность здоровья, но и причиненіе вреда послѣднему (зараженіе) cum dolo eventuali, если страсть изслѣдованія была у врача выше, чѣмъ уваженіе къ жизни или здоровью человѣка Примѣръ находитъ неудачнымъ также Bar, II, 343, пр 108

43) Hippel, op. c. 529, 530 Meyer-Allfeld, 153. Большинство признаетъ возможность не только прямого, но и эвентуальнаго умысла самого поставленія въ опасность (см. примѣръ Гиппеля· лодочникъ, желая получить заработокъ, уговариваетъ кого-либо покататься на лодкѣ, несмотря на угрожающую непогоду).

44) Среди швейцарскихъ ученыхъ предположенная швейцарскимъ проектомъ замѣна эвент. умысла деликтомъ поставленія въ опасность жизни или здоровья не встрѣтила единодушнаго одобренія. См Liszt, V. D B. Th , 1 c.

45) См. Liszt, Aufsatze, II, 279. онъ указываетъ на то, что въ сущности и формальный деликтъ, напр обида, можетъ имѣть отдѣлимое отъ самого дѣйствія послѣдствіе (обида посредствомъ каррикатуры) и что остальные признаки имѣютъ такое же значеніе, какъ оно. Дѣйстви-

примѣръ [46]). Для нашего права такими примѣрами могли бы служить принятіе въ притонъ разврата женщины моложе 21 года, когда хозяинъ притона сомнѣвался въ достиженіи ею этого возраста, но принялъ бы ее и въ случаѣ, если бы она не достигла послѣдняго, (ст. 529 Угол. Улож.); далѣе, несправедливое обвиненіе кого-либо въ дѣяніи, противномъ правиламъ чести, когда редакторъ не былъ убѣжденъ въ ложности оглашаемыхъ фактовъ, но не упустилъ бы случая произвести сенсацію и увеличить тиражъ газеты ихъ опубликованьемъ и при увѣренности въ томъ, что они ложны (ст 1535 ул. о нак.) [47]). Непринятіе никакихъ мѣръ къ устраненію возникшаго сомнѣнія можетъ служить здѣсь доказательствомъ dolus eventualis Но наше Угол. Ул ограничиваетъ область этого вида умысла только матеріальными деликтами [48]) и къ такимъ случаямъ, какъ сейчасъ приведенные, постановленіе 48 ст. непримѣнимо; Улож. о нак. также ихъ не касается.

f *Угол Улож. (ст. 48) гласитъ: „Преступное дѣяніе почитается умышленнымъ не только, когда виновный желалъ его учи-*

тельно, преступность настроенія субъекта отъ этого не зависитъ См. такъ же Frank, 141; G E. § 20; въ ч 2-й этотъ § устанавливаетъ необходимость для умысла представленія о достовѣрности обстоятельства, если законъ вводитъ въ составъ преступленія признакъ (совершенія) недобросовѣстно (wider besseres Wissen); такъ и Frank, 143, указывающій, что это господствующее мнѣніе, противъ этого Liszt, op. c., 280. Въ виду сейчасъ указаннаго признака Reichsgericht не признаетъ клеветы cum dolo eventuali (Frank, 334, см. еще Frank къ § 131).

46) См. еще друг примѣры Hippel, Grenze, прил. III

47) Нашъ Сенатъ не вводитъ подчеркнутаго въ текстъ условія, довольствуясь для клеветы отсутствіемъ убѣжденія въ ложности утверждаемыхъ фактовъ, приравнивая завѣдома ложному незавѣдома правдивое оглашеніе (1885 г. № 33, 1886 № 42), т. е. признаетъ и неосторожную клевету (такъ 1892 г. № 10). Ср прим 45.

48) Въ пользу этого также Rosenfeld, Z. 32 т. 487, на томъ основаніи, что моментъ воли не можетъ относиться къ другимъ признакамъ, кромѣ результата (см. однако выше, прим. 18). Весьма неопредѣленное объясненіе этого ограниченія дается составителями проекта Угол. Ул. (см. объясненія, I, 399), то же объясненіе у Н С. Таганцева, I, 603; оно упускаетъ изъ виду, что предпринимаемое дѣяніе безъ сомнительнаго признака представится сознанію субъекта непреступнымъ.

нения, но также, когда онъ допускалъ наступленіе послѣдствія, обусловливающаго преступность сего дѣянія". Недостатки этого опредѣленія—неточность формулы „допускалъ наступленіе послѣдствія", что можно понимать, какъ „представлялъ себѣ возможность", и уже упомянутое *ограниченіе эвентуальнаго умысла матеріальными деликтами.* Первый недостатокъ нѣсколько сглаживается при сопоставленіи приведенной 1-й части 48 ст. со второю, опредѣляющей luxuria во второй половинѣ (со словъ „но также"), вотъ 2 ч 48 ст.. *„Преступное дѣяніе почитается неосторожнымъ не только, когда виновный его не предвидѣлъ, но могъ или долженъ былъ оное предвидѣть; но также, когда онъ хотя и предвидѣлъ наступленіе послѣдствія, обусловливающаго преступность сего дѣянія, но легкомысленно предполагалъ такое послѣдствіе предотвратить".*

Улож. о нак. неизвѣстно понятіе эвентуальнаго умысла, но въ 1458 ст. говорится объ убійствѣ съ непрямымъ умысломъ; *1458 ст.* требуетъ, чтобы основное дѣяніе (цѣль субъекта) было само по себѣ противозаконное, чтобы субъектъ зналъ и предвидѣлъ *опасность* для другого лица [49]), чтобы послѣдовало дѣйствительное лишеніе жизни, *„безъ прямого умысла на убійство"*. Наказаніе ниже, чѣмъ при убійствѣ съ прямымъ умысломъ. Съ другой стороны, по наказуемости къ убійству безъ прямого намѣренія ст. 1520 Ул. о нак. приравниваетъ случай, когда кто-либо завѣдома и съ умысломъ создаетъ опасность для жизни другого лица; о реализаціи опасности, о дѣйствительномъ наступленіи смерти въ диспозиціи 1520 ст. не упоминается [50]). Такимъ образомъ Ул. о нак. смѣшиваетъ умыселъ эвентуальный на причиненіе смерти съ умысломъ поставленія въ опасность чужой

---

49) Klee, Dol indirect, 45, одобряетъ 1458 ст

50) Впрочемъ Сенатъ (1873 г. № 856) требуетъ для оконченнаго деликта, пред. 1520 ст., и наступленія смерти, основываясь на санкціи этой статьи Такъ и Фоиницкій (Особ. часть, 55), повидимому, дѣлая удареніе на словахъ 1520 ст. „хотя и безъ рѣшительнаго намѣренья на смертоубійство", но съ непрямымъ умысломъ При такомъ толкованіи, ст. 1520 отличалась бы отъ ст. 1458-й только тѣмъ, что само дѣяніе въ первомъ случаѣ непротивозаконное, но тогда одинаковое наказаніе противорѣчило бы общему взгляду составителей Ул о нак. назначеніе легого момента—„versari in re illicita". См. ниже.

жизни; этотъ выводъ подкрѣпляется и общимъ заголовкомъ главы V-й, гдѣ находится 1520 ст. „о произвольномъ оставленіи въ опасности". О непрямомъ умыслѣ рѣчь идетъ еще въ ст. 109 и 1459 безъ ближайшаго опредѣленія этого понятія. Ст. 108 имѣетъ въ виду так. назыв. culpa dolo determinata (см. ниже). Ст. 854 вмѣняетъ въ умыселъ послѣдствіе, имѣющее связь съ тѣмъ, что умышленно учинилъ субъектъ, связь необходимую (зараженіе) или возможную (разстройство здоровья или смерть); въ послѣднемъ случаѣ умыселъ, хотя бы субъектъ этого дальнѣйшаго вреда и не предвидѣлъ, такимъ образомъ dolus indirectus; въ первомъ—directus (см. выше стр. 274). Вотъ текстъ 854 ст. „Кто зная, что онъ одержимъ заразительною или иною прилипчивою болѣзнью, съ умысломъ учинитъ *что-либо*, долженствующее *неминуемо* сообщить сію болѣзнь другому, тотъ приговаривается къ заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 2 до 4 мѣс. Если однако же послѣдствіемъ сего будетъ неизлечимое разстройство въ здоровьѣ или самая смерть того, кому сообщена зараза, то виновный подвергается наказаніямъ, въ ст. 1486 и 1488 опредѣленнымъ", т. е. какъ за предумышленное совершеніе перваго изъ этихъ преступленій, или, какъ за квалифицированный (наступленіемъ смерти) видъ его.

IV. Изъ другихъ элементовъ умысла, кромѣ волевого, не вполнѣ признается указанный выше (стр. 272) подъ цыфрой 2 именно, какъ вытекаетъ изъ изложенія взглядовъ Леффлера, Мійѣка, Колера, предвидѣнье понимается не всѣми одинаково Но особенно замѣтно разногласіе въ отношеніи элементовъ подъ цыфрами 3 и 4.

Представленіе о способѣ наступленія послѣдствія должно быть признано существеннымъ для умысла. это признакъ, отличающій его отъ неопредѣленныхъ пожеланій, мечтаній, надеждъ[51]). Поэтому, если кто-либо, желая избавиться отъ знающаго семейную тайну слуги пошлетъ послѣдняго за

---

51) Нѣмецкіе криминалисты часто говорятъ въ этомъ случаѣ о „Wunsch" въ отличіе отъ „Wille", необходимомъ для умысла. Такъ Liszt, 176; Beling, Grundr § 41—IV. Kohler, Studien, I, 11, 13; онъ требуетъ для умысла индивидуализированной воли, въ отличіе отъ „платонической". О специализаціи способа и средствъ говоритъ и Н. С. Таган-

чѣмъ-либо въ лѣсъ во время грозы, въ надеждѣ, что его убьетъ молнія, и эта надежда осуществится, смерть слуги нельзя вмѣнить хозяину въ умышленную вину. Здѣсь нѣтъ умысла потому, что послѣдній предполагаетъ твердую волю, которая избираетъ опредѣленный [52]) путь къ цѣли и не расчитываетъ на нѣчто, лежащее внѣ возможности предвидѣнья, представляющееся для самого дѣйствующаго субъекта случайностью. Относить результатъ къ умыслу здѣсъ было бы такъ же неправильно, какъ говорить объ умышленномъ выигрышѣ драгоцѣнной вещи въ лотереѣ Указанный признакъ не вводится въ понятіе умысла, сторонниками иного взгляда на причинную связь, чѣмъ принято въ настоящемъ трудѣ: они устраняютъ отвѣтственность въ случаяхъ, подобныхъ приведенному, отвергая не умыселъ, а причинную связь между дѣйствіемъ и такимъ исключительнымъ, инадекватнымъ результатомъ. Недостатокъ этого взгляда обнаруживается тогда, когда дѣйствующій субъектъ избираетъ именно необычный въ глазахъ другихъ, исключительный способъ причиненія, который, однако, представляется ему ведущимъ къ цѣли, благодаря знанію особыхъ обстоятельствъ, и преступный результатъ дѣйствительно осуществляется Отвергая причинность дѣйствія, невозможно лицо, его совершившее, подвергнуть отвѣтственности за результатъ, такъ какъ вопросъ о виновности возникаетъ только тогда, когда установлена причинная связь, когда результатъ вызванъ этимъ дѣйствіемъ [53])

Необходимость для преступнаго умысла сознанія противорѣчія дѣянія или упущенія правовымъ нормамъ вытекаетъ изъ того, что при отсутствіи у личности этого сознанія, ея настроеніе не можетъ быть квалифицировано, какъ преступное, заслуживающее осужденія: послѣднее вызывается не тѣмъ, что есть событіе, не желательное съ точки

цевъ, I, 579. Указанный въ текстѣ элементъ умысла признаютъ также Frank, 147; Finger, I, 257, подъ д 3 и 282, Rosenfeld, Z 32 т.,482; Пусторослевъ, 320 и особенно отчетливо Сергѣевскій, 244, 274; далѣе Van-Hamel (см. цитату у Hippel'я V. D III, 419; самъ Hippel contra, 546 572—574).

52) О степени опредѣленности см слѣд. главу.

53) См. ниже о причинной связи.

зрѣнія правопорядка, а тѣмъ, что оно есть выраженіе неудовлетворительныхъ свойствъ личности [54]), тѣмъ, что она не считается съ требованіями или запретами права, а это возможно только при условіи знанія послѣднихъ [55]). Несмотря на очевидность этого условія, разсматриваемый элементъ умысла и нынѣ вызываетъ много споровъ, въ основѣ которыхъ лежитъ трудность установленія ошибки въ правѣ. Съ этимъ процессуальнымъ моментомъ связаны мнѣнія, или совсѣмъ не вводящія въ понятіе умысла указаннаго выше элемента, или же замѣняющія послѣдній другими сознаніемъ противорѣчія дѣянія обязанности, или долгу, или этико-соціальнымъ нормамъ, или возможностью такого сознанія, или сознаніемъ вредоносности дѣянія; такимъ путемъ хотятъ найти болѣе удобную для практики, менѣе опасную для правопорядка формулу, при допущеніи ссылки на невѣдѣнье запрещенности дѣянія (см. слѣд. главу)

Но иногда къ этимъ соображеніямъ практическаго характера примѣшиваются и принципіальныя: съ одной стороны, у нѣкоторыхъ авторовъ *играетъ роль* въ рѣшеніи настоящаго вопроса ихъ *взглядъ на право вообще* (признаніе въ немъ этическаго минимума или смѣшеніе съ соціальными нормами) и на *уголовное* право (какъ на санкцію уголовнымъ закономъ этическихъ нормъ) въ частности, и на его объемъ въ связи съ этимъ (выдѣленіе полицейскихъ или административныхъ нарушеній); съ другой стороны, здѣсь сказывается противоположная тенденція усилить *значеніе объективнаго результата* дѣянія; наконецъ, къ отрицанію „сознанія *противоправности*“, какъ элемента умысла, приходятъ въ *стремленіи найти ту общую черту, которая должна быть присуща и умыслу, и неосторожности,* если въ нихъ усматривать два вида болѣе общаго, родового понятія—вины.

Сторонники перваго изъ сейчасъ приведенныхъ взглядовъ [56]) полагаютъ, что понятіе вины есть не правовое, а эти

---

54) Ср. Kohlrausch, въ Ref. I, 215, Halschner, I, 253; Dohna, G. S. 65 т., 320, (со ссылкой на Simmel'я), Beling, Verbrech. 180.

55) Сознаніе противоправности считаютъ существеннымъ Таганцевъ, I, 589, Ianka-Kallina, 99 и указывъ ниже, въ примѣч. 77-омъ

56) Halschner, I, 254, слѣд., M. Mayer, Schuldh. Handl., 104; Graf. zu Dohna, G. S. 65 т., 322; Liepmann, Einl., 136, 137, 155, особенно же два

ческое, и что сущность ея заключается въ сознательномъ противорѣчіи дѣянія долгу, независимо отъ знанія или незнанія запрещенности его правомъ или же уголовнымъ правомъ; послѣднее находитъ нормы уже готовыми и только снабжаетъ ихъ карательной санкціей. Для наличности вины и именно умысла достаточно знанія „до-юридическаго субстрата“ уголовнаго закона· знаніе, что нельзя убивать, красть, насиловать женщинъ, не предполагаетъ непремѣнно извѣстность субъекту соотвѣтствующихъ постановленій закона Правда, есть такія нормы, которыя создаются только послѣднимъ, но нарушенія ихъ должны быть исключены изъ уголовнаго права въ собственномъ смыслѣ; это область полицейскихъ или административныхъ нарушеній [57]), гдѣ наказаніе имѣетъ другой смыслъ, гдѣ нюансы вины, а то и вообще ея наличность несущественны, и гдѣ незнаніе запрещенности нисколько не избавляетъ отъ отвѣтственности [58]). Этотъ взглядъ не считается ни съ трудностью проведенія границы между

первыхъ (Halschner, 255, пр. 1 и M. Mayer, 105: „правовая вина есть минимумъ нравственной вины“, 104· „право есть этическій минимумъ“; 110, 111: требуетъ широкихъ полномочій судьи при оцѣнкѣ вины въ смыслѣ этическомъ). Въ позднѣйшихъ работахъ Mayer, по практическимъ соображеніямъ, довольствуется *возможностью* сознанія противорѣчія дѣянія долгу или обязанности, вытекающей изъ нормъ культуры (Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, особ. 77; и въ Z. 32 т., 497 и 505), онъ исходитъ изъ весьма сомнительнаго утвержденія, что правовыя положенія адресуются не къ населенію, а къ органамъ государства, указывая имъ, какъ поступить при наличности комплекса обстоятельствъ, предусмотрѣнныхъ какимъ-либо закономъ, населенію же правила поведенія диктуются нормами культуры. Иначе, чѣмъ здѣсь указанные, по поводу сознанія или возможности сознанія противорѣчія дѣянія обязанности (Pflichtwidrigkeit) — Finger, I, 261; Hippel въ V. D. III, 593; Merkel (Merk.-Liepm.), 82—84, см. ниже.

57) Такъ Liepmann, l. c., M. Mayer, особ. Rechtsnormen und Kulturnormen, гдѣ онъ находитъ, что нормы управленія безразличны съ точки зрѣнія культуры (kulturell indifferente),—взглядъ, противорѣчащій громадному культурному значенію дѣятельности управленія. См. еще выше здѣсь главу VI, подъ ц. VII

58) См. Manzini, II, 130; Hippel, V. D. III, 590, рекомендующій осторожность. О значеніи вины и при этихъ деликтахъ Binding, Norm., II, 487 и слѣд.; Dohna, op c , 324, Beling, Unschuld, 69—72; Hälschner, I, 258, ср. 35, 36, ibid.

областью уголовной и „полицейской“ неправды[59]) (см. выше, стр. 176, 177) и едва ли правильно игнорируетъ моментъ *сознательнаго* противодѣйствія нормамъ управленія[60]), ни съ несовпаденіемъ нормъ морали или этико-соціальныхъ или соціальныхъ[61]) съ нормами права, поставленными подъ защиту карательной угрозы[62]), ни съ отсутствіемъ тождества между этико-соціальнымъ и правовымъ осужденіемъ[63]). Впрочемъ, признаніе извѣстнаго несоотвѣтствія въ этомъ отношеніи приводитъ иногда къ дополненіямъ[64]) выдвигаемаго элемента вины или къ подмѣну его другимъ, якобы тождественнымъ· сознаніе противорѣчія долгу превращается въ сознаніе вреднаго для другихъ свойства дѣянія (Коль-

---

59) Это признаетъ и Halschner, l. c.

60) См. Rosenberg, Z. XXIV, 15 и выше здѣсь, стр. 174, пр. 50.

61) Сознаніе антисоціальнаго значенія дѣянія признаютъ элементомъ умысла Liszt, § 39—III; Stooss, 100; сознаніе противорѣчія этико-соціальнымъ нормамъ—Frank въ Aufbau (Festschrift, 539).

62) См. выше, 106, 163, 175.—См. также о неопредѣленности и субъективномъ характерѣ „Pflichtwidrigkeit“ Beling, Verbrech., 184, Bar, II, § 200. Неопредѣленность и возможность разногласія, въ отличіе отъ опредѣленности права, присущи и объективной морали, сознаніе противорѣчія которой имѣютъ въ виду Halschner, 254; Liepmann, 158, 159; M. Mayer, Z 32 т., 501 Но и самъ Bar, въ сущности, сближается съ критикуемыми имъ авторами, такъ какъ признаетъ невѣдѣнье права обстоятельствомъ, исключающимъ умыселъ, когда оно не является признакомъ внутренней испорченности, не есть слѣдствіе основного порока характера (394, 395), Bar ставитъ рѣшеніе этого вопроса въ связь съ различными видами ошибки въ правѣ, впадаетъ въ казуистику, при чемъ мнѣніе его о значеніи невѣдѣнья права въ отдѣльныхъ случаяхъ имѣетъ произвольный характеръ (см. слѣд. главу).

63) Liepmann, 155—157, находитъ понятія правовой вины и правового осужденія формальными, если дѣяніе не вызываетъ *нравственнаго* осужденія, то общественное мнѣніе ярко высказывается за оправданіе, и въ будущемъ правовая оцѣнка должна совпасть съ нравственной; см. также M. Mayer, Schuldh. Handl, 110, 111.

64) Такъ, Liepmann (135), принимая во вниманіе полицейскія нарушенія, говоритъ уже не только о сознаніи Pflichtwidrigkeit, но и о сознаніи субъекта, что совершаетъ что-либо недозволенное, Mayer(Schuldh Handl., 114) хочетъ и въ этомъ видѣть только спеціальный видъ сознанія противорѣчія дѣянія нравственности. Ср. также Manzini, выше, 175 пр. 55.

раушъ)[65]), сознаніе антисоціальнаго свойства дѣянія—въ сознаніе того, что дѣяніе вторгается въ чужіе правоохраненные интересы (Листъ)[66]), между тѣмъ во многихъ случаяхъ дѣяніе окажется не причиняющимъ вреда или даже неспособнымъ его причинить и все-таки запрещеннымъ и правомъ, и другими нормами[67]), если только не подводить подъ понятіе вреда и вредъ нематеріальный, идеальный, чтобы не сдѣлать понятія безсодержательнымъ Совершеніе безвреднаго, хотя и не должнаго, не могло бы никогда обосновать вины дѣятеля[68]). Вторженіе въ правоохраненные интересы и антисоціальность опять-таки не одно и то же, да и сознаніе перваго немыслимо безъ знанія правовыхъ нормъ, охраняющихъ интересы. Сторонники другого взгляда полагаютъ, что вина (рѣчь идетъ о преступномъ умыслѣ) состо-

---

65) Kohlrausch въ Reform, I, 215 и слѣд., говоритъ о необходимости сознанія, что дѣяніе заслуживаетъ наказанія (но не того, что оно наказуемо), а это, по его мнѣнію, сводится къ сознанію или вредоносности дѣянія, *или запрещенности* его, но это скорѣе у Kohlrausch'а практически наиболѣе пригодная формула, по существу же онъ, высказываясь противъ Pflichtwidrigkeit, тѣмъ не менѣе и нынѣ, какъ въ прежнемъ трудѣ (Irrtum, §§ 5 и 6), имѣетъ въ виду сознаніе противорѣчія долгу, только указывая ближе источники этого сознанія (M Mayer, Z. 32 т, 502); дѣйствительно, по Кольраушу, „субъектъ долженъ сознавать свое дѣяніе, какъ такое, которое не должно быть (als nicht sein sollende)". Нельзя также согласиться съ тѣмъ, что, сознавая вредоносность, сознаютъ и заслуженность дѣяніемъ наказанія (Strafwurdigkeit; послѣдній вопросъ можетъ вызывать большое разногласіе даже среди юристовъ, если только не принимать взгляда абсолютныхъ теорій, что есть дѣянія, вызывающія необходимость возмездія-наказанія сами по себѣ, преступныя еще до криминализаціи ихъ законодателемъ Сознанія Strafwurdigkeit требовала иногда и старая доктрина,— напр., Гесслеръ (см. у Hälschner'а); сознанія, что дѣяніе есть злое дѣло („Uebelthat"), требовалъ Geyer, Erörterungen, 28. Формула Kohlrausch'а признается наиболѣе удачной Kriegsmann'омъ (Z. 31-т., 719), близко къ ней Garraud, I, 535, 536 (conscience de l'immoralité, de l'illegalité de l'acte...ou mieux des consequences dommageables; это animus delinquendi, опредѣляемый также, какъ volonté à violer la loi, ou plutôt à leser les biens juridiques).

66) Liszt, 179.

67) Kohlrausch, впрочемъ, дѣлаетъ указанное выше (прим. 65) добавленіе. См. еще слѣд. главу.

68) Дѣяніе, даже вредное другому, также можетъ не дать основанія уголовно-правовой винѣ, напр.: ненаказуемый furtum-usus.

итъ уже въ томъ, что лицо сознательно вызвало результатъ, несогласный съ правовыми нормами; оцѣнка этого результата дѣлается независимо отъ того, какъ представлялъ его себѣ дѣятель: какъ нѣчто недолжное или же какъ дозволенное [69]). Къ этому иногда присоединяется доводъ, что вина заключается въ самомъ непріобрѣтеньи надлежащихъ свѣдѣній [70]), или сходное соображеніе, что, кто живетъ въ обществѣ, гдѣ дѣйствуютъ законы, предпринимаетъ дѣяніе съ рискомъ навлечь на себя указанныя въ нихъ послѣдствія, иными словами, долженъ пенять на себя за свое равнодушіе къ этой возможности. Такимъ образомъ, результатъ вмѣняется въ умыселъ, хотя вина, съ общепринятой точки зрѣнія, заключалась въ неосторожности [71]): въ незнаніи того, что можно было узнать, или же примѣняется въ отношеніи сейчасъ означенныхъ послѣдствій понятіе dolus indirectus [72]). Сторонники третьяго взгляда разсуждаютъ такъ: при безсознательной неосторожности — negligentia, результатъ, изъ-за котораго именно и запрещено дѣяніе, не предвидится дѣйствующимъ субъектомъ; сущность вины не можетъ заключаться здѣсь въ желаніи результата съ *сознаніемъ* его противоправности [73]), а дѣяніе само по себѣ, напримѣръ: разведеніе

69) Такъ Kostlin, System, 193; H. Meyer (5-е изд.), Heinemann. D. Bindingsche Schuldlehre нынѣ особенно Klee, Zur. Lehre v. Strafrechtlich. Vorsatz. 1897, стр. 42 и слѣд. Возможность такой постановки вопроса признаетъ C. Schmitt, op. c., 80 и слѣд. Такъ и Пусторослевъ, 323—325. См по этому поводу выше, здѣсь, прим 54-е.

70) Такъ Merkel (Merk.-Liepm.), 83, 84, Manzini, II, 126. Но Merkel требуетъ возможности сознанія Pflichtwidrigkeit.

71) Противъ этого взгляда Binding, Norm II, 60 и слѣд., Hälschner, I, 257. За вмѣненіе въ умыселъ, когда имъ охватывается лишь фактическая сторона, а незнаніе противоправности можетъ быть отнесено къ неосторожности, van Hamel (см. у Hippel'я, V.D. III, 591) и въ итогѣ Merkel и M. Mayer въ Z. 32, l. c; за признаніе въ такихъ случаяхъ неосторожнаго совершенія Таганцевъ, I, 590; Познышевъ, 301; Beling, Unschuld, 54; Allfeld, 143, 157. Противъ такой конструкціи Binding, II, 64, (иначе, впрочемъ, GS. 77 т. 1910 г, 32), Halschn, l. c., утверждая, что скорѣе слѣдовало бы карать за неознакомленіе съ закономъ, какъ за delictum sui generis. См. по поводу этого ниже. Противъ, далѣе, Пусторослевъ, 324; Сергѣевскій, 247, безъ какихъ-либо доводовъ.

72) Въ этомъ смыслѣ Manzini, l. c.

73) Такъ особенно C. Schmitt, 85—87; Dohna, 323, Mayer, Schuldh. Handl., 115.

огня, не воспрещено, если оно не вызоветъ предусмотрѣннаго закономъ послѣдствія (пожара), слѣдовательно, нормативный моментъ этого вида вины долженъ заключаться въ другомъ: его хотятъ найти въ сознаніи противорѣчія дѣянія долгу или обязанности къ заботливости и внимательности [74]).

Но не слѣдуетъ заходить и слишкомъ далеко и признавать элементомъ умысла или вины вообще сознаніе наказуемости [75]) дѣянія, или знаніе даже размѣра опредѣленнаго въ законѣ наказанія или правильной субсумціи дѣянія подъ диспозицію уголовнаго закона [76]). Если субъектъ сознаетъ запрещенность своего дѣянія правомъ, то настроеніе его представляется враждебнымъ послѣднему, хотя бы онъ не зналъ, какія именно послѣдствія связываетъ государство съ внѣшними проявленіями такого настроенія, и гдѣ именно, въ какой правовой нормѣ содержится данный запретъ [77]) Многіе запреты вытекаютъ уже изъ постановленій не уголовнаго права, дающаго имъ только особую санкцію; другіе, правда, устанавливаются именно уголовнымъ закономъ, но для наличности вины важно, чтобы лицо во-

74) Вина въ томъ, что „не далъ осуществиться возможности познанія предосудительности (Unwert) своего дѣянія (Mayer, l. c)

75) Такъ С В. Познышевъ, 301 (сознаніе запрещенности *уголовнымъ* закономъ) и прежде Ortmann (Hälschner, 255, пр 1 и возраженія ibid). Contra Beling, Unschuld, 65 (это требованіе на руку самымъ ловкимъ и тонкимъ преступникамъ).

76) Такъ Liszt, 179

77) Такъ особенно Beling, Verbrechen, 182, 183; Unschuld, 43 и слѣд. Сходно W. Mittermaier, Beitrage, 42; Allfeld, Einfluss d. Rechtsirrtums auf die Bestrafung (1900) и Meyer-Allfeld, 144. Напротивъ, Binding, I, 91, II, 403 и Oetker, Ueber den Einfluss d Rechtsirrthums im Strafrecht (1876), 75, имѣютъ въ виду противорѣчіе отдѣльной, опредѣленной нормѣ (ср., впрочемъ, Binding, II, 66), что часто сведется къ знанію именно уголовнаго закона. Это возраженіе (см. Kohlrausch, Reform, I, 216) примѣнимо только къ этой точкѣ зрѣнія. Къ принимаемому въ текстѣ пониманію „сознанія противоправности" въ духѣ Beling'a близка точка зрѣнія Finger'a (I, 261 и § 45—III), у котораго Pflichtwidrigkeit есть противорѣчіе правовой обязанности—Rechtspflichtwidrigkeit (см. также Beling, Verbrech., 184, такъ нынѣ и Binding. GS. 77 т, 29), а также точка зрѣнія Hippel'я (V. D . III, 593) сознаніе Pflichtwidrigkeit есть сознаніе правовой запрещенности или безнравственности дѣянія. М. Mayer говоритъ (Z. 32 т., 499), что Белингъ требуетъ скорѣе сознанія неправомѣрности дѣянія (Unrechtsbewusstsein).

обще сознавало существованіе правового запрета, хотя бы оно ошибочно относило послѣдній къ другой области права. Эта ошибка несущественна для оцѣнки личности. Точно такъ же несущественно *точное* знаніе и пониманіе соотвѣтствующаго запрета или отдѣльныхъ признаковъ состава деликта[78]), напр., что поддѣлываемая бумага есть документъ въ смыслѣ, придаваемомъ этому термину статьей закона, карающаго за подлогъ документовъ. Зная, что запрещенъ подлогъ документовъ и тѣмъ не менѣе не отказываясь отъ своего дѣянія, личность проявляетъ почти всегда такое настроеніе, которое характерно для dolus eventualis, такъ какъ ея не остановила бы и увѣренность въ соотвѣтствіи данной бумаги понятію документа[79]). Только при серіозности сомнѣнія, при попыткахъ къ устраненію послѣдняго и при полученіи неправильныхъ разъясненій отъ лица, которое было основаніе считать компетентнымъ, совершеніе преступнаго дѣянія нельзя вмѣнить въ умыселъ[80]). Что касается знанія размѣровъ наказанія, то введеніе этого элемента въ понятіе умысла можно поддерживать съ точки зрѣнія не вины, а теоріи психологическаго принужденія[81]): сравненіе тяжести послѣдствій совершенія дѣянія съ невыгодами при воздержаніи отъ него мыслимо, конечно, только, если извѣстны эти послѣдствія, т. е. тяжесть наказанія. Но само основаніе этой теоріи ложно, а съ нимъ падаетъ и этотъ элементъ умысла Здѣсь умѣстно отмѣтить, что изъ какого бы

---

78) Что къ этому въ итогѣ приходитъ Листъ, считая необходимой правильную субсумцію, невозможную однако безъ знанія закона, и о противорѣчіяхъ Листа см. Rosenfeld, Z. 32 т., 487—490. Виновными въ преступленіи могли бы быть только юристы, да и то не всегда, такъ какъ неправильная субсумція нерѣдко дѣлается и судьями, о чемъ свидѣтельствуетъ отмѣна приговора кассаціонной инстанціей. См. еще Beling, Unschuld, 66; Halschner, I, § 116; Bar, II, § 216.

79) Здѣсь было двойное основаніе обратиться къ провѣркѣ возникшаго сомнѣнія, говоритъ Binding, II, 69, пр. 95, по поводу незнанія границы между извѣстной нормой и исключеніемъ изъ нея (напр., обороны, см. ниже).

80) За ненаказуемость въ такомъ случаѣ Frank, Aufbau, 540; Janka-Kallina, 100. Въ пользу вмѣненія въ умыселъ Таганцевъ, I, 590, Manzini, II, 133. См. еще Bar, II, 415

81) Feuerbach, Lehrb., § 85.

взгляда на наказаніе ни исходить, не говоря уже о воз мездіи, требованіе знанія противоправности сохраняетъ свое значеніе лицо, не сознававшее ея, не нуждается въ мѣрахъ, направленныхъ къ тому, чтобы вызвать согласное съ правомъ настроеніе ни устрашеніе, ни гражданское исправленіе здѣсь неумѣстны, если не свести его въ данномъ случаѣ къ сообщенію юридическихъ знаній этому лицу[82]). Нѣтъ далѣе основанія для элиминаціи, такъ какъ опасность новыхъ преступленій со стороны этого субъекта ничтожна, если только онъ вмѣняемъ; къ тому же при серіозномъ преступленіи, которое можетъ служить показателемъ опасности, невѣдѣнье правовой запрещенности нельзя себѣ представить[83]).

V. Кромѣ dolus directus и dolus eventualis старая доктрина знала еще другіе виды умысла, изъ которыхъ сохранили значеніе въ нынѣ дѣйствующихъ законодательствахъ только слѣдующіе:

1. *Dolus a) praemeditatus, b) repentinus и c) impetus*, т. е. а) заранѣе обдуманное намѣренье, предумышленье, понимаемое иногда и какъ хладнокровное настроеніе субъекта при умыслѣ, b) умыселъ внезапный, или простой, и c) умыселъ въ состояніи душевнаго волненія— *физіологическаго* аффекта, въ „запальчивости и раздраженіи", по терминологіи нашего Ул. о нак. (ст. 1455, ч. 2). Это подраздѣленіе играетъ роль при посягательствахъ на личность, при чемъ предумышленье усиливаетъ отвѣтственность такъ, по нашему Ул. о нак. (ст. 1454, 1477, 1481), при убійствѣ, причиненіи увѣчья и. т. д. а по нѣкоторымъ законодательствамъ (французское, бельгійское, германское, англійское право), влечетъ при убійствѣ смертную казнь[85]); напротивъ, состояніе душевнаго волне-

---

82) Ср. Beling, Unschuld, 69

83) Объ отсутствіи pericolosità при error juris см. Grispigni, Il nuovo diritto..., гл. IX. Неправильно Kohlrausch, Ref., I, 215 и „Irrtum", 34.

84) О значеніи impetus у Кестлина, какъ особой формы вины, см. выше. У римлянъ противополагалось убійство impetu, in ebrietate (въ опьяненіи) убійству ex proposito (преднамѣренному)

85) Этотъ видъ убійства носитъ другое названіе: assassinat, Mord, murder; обыкновенное убійство называется meurtre, Totschlag, manslaughter. Англійское понятіе «murder» охватываетъ и случаи непрямого

нія разсматривается, какъ смягчающее обстоятельство (ст. 134, п. 5. Ул. о нак.), или ведетъ къ образованію привилегированнаго деликта (Ул. о нак., ст. 1455, 1483, 1480) съ наказуемостью меньшей, чѣмъ при совершеніи такого же по объективному составу деликта, но съ внезапнымъ умысломъ Впрочемъ, это различіе между dolus repentinus и impetus можетъ быть проведено только, если обосновывающій болѣе тяжкую вину видъ умысла понимается, какъ умыселъ, составленный заранѣе, возникшій за нѣкоторое время до совершенія дѣянія (такъ наша практика [86]) и большинство французскихъ криминалистовъ) [87]); но иногда признакомъ dolus praemeditatus считаютъ хладнокровное обдумываніе преступленія (délibération, въ отличіе отъ préméditation) [88]), или же обдуманность выполненія (Ueberlegung германскаго права [89]); въ такомъ случаѣ этотъ умыселъ отличается отъ dolus repentinus тѣмъ, что при послѣднемъ преступникъ проявляетъ душевное волненіе, и dolus repentinus сливается съ impetus Это подраздѣленіе, поскольку оно должно служить основаніемъ для разграниченія квалифицированныхъ и простыхъ или же еще привилегированныхъ видовъ преступленія или для *обязательнаго* увеличенія или

умысла (см. ниже) при совершеніи другого деликта изъ категоріи felony (болѣе тяжкихъ), и понятіе „malice aforethought" не соотвѣтствуетъ французскому „préméditation" См Harris, Digest (1904), 182, 183 Liszt, V. D. Bes. Th. V, 31—34, и указыв. имъ англійск. юристы; „это скорѣе pravus animus, говоритъ Листъ злостное противоправное настроеніе". Итальянскій кодексъ придаетъ „premeditazione" значеніе квалифицирующаго обстоятельства при убійствѣ; такъ и норвежскій кодексъ (§ 233).

86) См. рѣш. подъ 1453 и 1454 ст. въ изд Ул. о нак. Таганцева.

87) См. у Garcon'a art. 296, № 4; у Vidal, 189, пр. 2.

88) Такъ Vidal, l. c., примыкая къ опредѣленію, данному еще Carmignani: „Praemeditatio definitur occidendi propositum frigido, pacatoque animo susceptum, moram habens atque occasionem quaerens, ut crimen veluti exoptatum finem perficiat". Такъ и Garraud, IV, 570, I, 543; сходно Garçon, къ art. 296, № 11 (убійство должно быть pré-medité, но не pré-résolu).

89) См. мнѣнія по этому вопросу германскихъ и итальянскихъ юристовъ у Liszt'a, op. cit. и (о понятіи Ueberlegung) у Frank'a, къ § 211 StGB.

смягченія наказанія судомъ, отвергается наукой [90]): возможны случаи, когда именно долгая внутренняя борьба преступника съ стремленіемъ къ преступному дѣянію, свидѣтельствуетъ о томъ, что послѣднее не въ его характерѣ; интенсивность преступнаго настроенія тогда слабѣе, чѣмъ у человѣка, легко переходящаго отъ мысли о преступленіи къ его выполненію; испорченность и опасность для общества меньше [91]) Психологія свидѣтельствуетъ также, что ни время, протекшее съ момента возникновенія умысла до его осуществленія, ни тщательность или обдуманность послѣдняго не исключаютъ возможности сильнаго душевнаго волненія, аффектированнаго состоянія виновнаго. Съ другой стороны, это состояніе само по себѣ не служитъ показателемъ меньшей вины, такъ какъ свойство (качество) преступнаго настроенія можетъ и въ этомъ случаѣ заслуживать суроваго осужденія. напр., при низменномъ мотивѣ дѣянія, когда страсть мести или наживы овладѣла преступникомъ [92]). Длительное состояніе аффекта, или же легкая возбудимость субъекта, толкнувшая его къ преступленію, бываютъ, далѣе, признакомъ уменьшенной вмѣняемости, и смягченіе наказанія снова окажется ненадлежащей мѣрой [93]).

---

90) См. Holtzendorf, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875, Alimena, Premeditazione, etc. 1887. Tarde, Philosophie pén., 465 и слѣд. Liszt, V. D. Bes. Th V, 60 и слѣд; Prins, № 297; Vidal, l. c., Таганцевъ, 607; Фойницкій, Курсъ угол. права, Ч особ., 1912, 29; Познышевъ, 284, 285. Угол. Улож. 1903 г. не придаетъ значенія предумышленью (не введен. въ дѣйств.).

91) См. Liszt, 63; Prins, № 297: „и здѣсь классическая школа ошибочно придавала значеніе только абстрактному количеству воли, входящей въ выполненіе деликта, вмѣсто того чтобы придавать значеніе конкретному качеству ея, т. е. совокупности предрасположеній и характера, съ которыми она связывается и которые только и позволяютъ познать реальность побужденія (mobile) Tarde, 469 (Un agent est d'autant plus responsable, qu il s'est plus complètement approprié, assimilé son acte)

92) Иначе Garçon, къ art. 296, № 20, относящій сюда и убійство, вызванное измѣной жены, застигнутой in flagranti, если оно подготовлялось раньше. Ср. Liszt, 65; Bar, II, 433, проф. Чубинскій, Мотивъ, 290, 291.

93) Tarde, l c, Liszt, 66.

2. *Dolus specialis*. Этотъ терминъ употребляется французскими и итальянскими криминалистами[94]) для обозначенія собственно не особаго вида умысла, а цѣли преступнаго дѣянія, насколько она спеціально указана въ законѣ: обычно послѣдній ограничивается описаніемъ результата, который запрещенъ подъ страхомъ наказанія, независимо отъ того, былъ ли онъ самъ цѣлью дѣянія, или же служилъ для достиженія какой-либо дальнѣйшей цѣли, такъ какъ большей частью этотъ вопросъ для криминализаціи дѣянія представляется безразличнымъ такъ, убійство остается убійствомъ, совершено ли оно для устраненія конкуррента, или для избавленія отъ семейнаго гнета, или для снисканія расположенія любимой женщины; растрата остается тѣмъ же преступленіемъ, было ли цѣлью ея покрытіе долговъ, или прожиганіе жизни, или удовлетвореніе нужды бѣдняка; правопорядокъ все равно не можетъ допустить этихъ дѣяній. Иногда однако цѣль, ради которой деликтъ совершается и представленіе о которой является мотивомъ дѣянія, какъ уже указывалось, можетъ служить къ характеристикѣ личности, совершившей послѣднее, и должна въ такомъ случаѣ отражаться на наказаніи или же вести къ обращенію даннаго состава въ деликтъ квалифицированный или же привилегированный[95]); таковы, съ одной стороны, убійство для полученія наслѣдства, или для ограбленія, или для достиженія другой преступной цѣли, или для избѣжанія поимки (ср санкціи ст. 1453, ч. 2 и 1454, ч. 1; 1459, ч. 2 и 1455, ч. 1. Улож. о нак.), а съ другой стороны—поддѣлка письма отъ имени другого лица съ какой-либо иной цѣлью, кромѣ корыстной или цѣли причиненія вреда (1538 и 1537 ст. Ул. о нак.) См. еще 103 и 166 ст. Угол. Ул. Такая цѣль лежитъ внѣ нормальнаго состава даннаго деликта, который представляется умышленнымъ оконченнымъ деликтомъ и безъ

---

94) Garraud, I, № 280—I; Vidal, №№ 123—125; Prins, №№ 293, 294 Manzini, II, № 307—I Различаютъ еще иногда le dol plus special, эта терминологія не отличается опредѣленностью (Ср. Vidal и Prins)

95) О предпочтительности другого пріема—болѣе общаго вліянія мотива на наказаніе—и о значеніи этико-соціальныхъ мотивовъ см. выше, стр. 195. О соотношеніи мотива и цѣли см. еще Thomsen, Untersuchungen uber den Begriff d. Verbrechensmotivs, 1902.

нея. Въ другихъ случаяхъ цѣль, предусмотрѣнная закономъ, необходима для бытія преступленія, такъ что умысла, направленнаго на опредѣленный, описанный въ законѣ результатъ, недостаточно, напр.. при самоизувѣченьи, при поджогѣ собственнаго не застрахованнаго имущества, въ условіяхъ, не угрожающихъ опасности жизни или имуществу другихъ; эти дѣянія становятся наказуемыми только, если цѣлью ихъ было освобожденіе отъ воинской повинности, полученіе страхового вознагражденія. Для кражи недостаточно взятія (тайно) чужой вещи, требуется цѣль присвоенія; поэтому взявшій чужую книгу безъ вѣдома и разрѣшенія хозяина для прочтенія не совершаетъ кражи. Цѣль иногда называется также намѣреньемъ (ст. 1537, 342 Ул. о нак.). Такъ какъ цѣль есть дальнѣйшее развитіе субъективнаго состава деликта, ближе характеризуя настроеніе виновнаго, для признанія деликта оконченнымъ несущественно дѣйствительное достиженіе цѣли: напр., для дѣянія, пред. ст. 1453, п. 5, безразлично, получилъ ли убійца наслѣдство Особенность преступленій, въ составъ которыхъ входитъ dolus specialis, заключается въ томъ, что они не могутъ быть совершены съ эвентуальнымъ умысломъ[96]). Съ другой стороны, неправильно отождествлять намѣренье или цѣль съ умысломъ вообще[97]). при dolus specialis цѣль выходитъ за эти предѣлы, хотя цѣль, указанная въ законѣ, въ свою очередь можетъ и не быть конечной цѣлью[98]): напр., полученіе наслѣдства есть ступень къ женитьбѣ, къ пріобрѣтенью избирательнаго ценза и т. д.

3. *Dolus indirectus*, *непрямой умыселъ*. Сюда относятъ случаи, въ которыхъ преступный результатъ выходитъ за предѣлы, намѣченные субъектомъ при совершеніи умышленнаго дѣянія: умыселъ направлялся, напримѣръ, на причиненіе побоевъ или на изнасилованье, но послѣдствіемъ этого деликта оказывается смерть Современныя законода-

---

96) См. Frank, 143, 144; Ср Meyer-Allfeld, 149, Liszt, 177.

97) Иногда, впрочемъ, законъ понимаетъ намѣренье (Absicht), какъ умыселъ. Такъ и у насъ см., напр., ст. 346, 1454 (съ обдуман заранѣе намѣреньемъ, т е. умысломъ)

98) Такъ Garraud, I, 539 (любопытный примѣръ изъ франц. практики), Frank, 143.

тельства при наличности такихъ послѣдствій иногда усиливаютъ наказаніе за основное умышленное дѣяніе, дѣлая изъ него квалифицированный видъ деликта (1527, 1464, 1484, 1490 ст. Ул. о нак.). Но въ этихъ случаяхъ болѣе тяжелый результатъ, напр. смерть, можетъ быть часто непредвидѣнный, а иногда и непредвидимый, случайный, и деликты, квалифицированные въ виду послѣдствій, тогда оказываются остаткомъ эпохи объективнаго вмѣненія Въ дѣйствительности понятіе dolus indirectus явилось въ средніе вѣка, какъ компромиссъ принципа римскаго права отвѣтственности за вину и древне германскаго принципа объективной отвѣтственности [99]), и поддерживалось юриспруденціей и послѣдующаго періода (Carpzow), повидимому, вслѣдствіе трудности установить, какой именно вредъ желалъ причинить виновный: прибѣгали къ помощи пресумціи вины, опираясь на то, что vulnera non dantur ad mensuram, что кто совершалъ что либо противозаконное (versari in re illicita dare operam rei illicitae), тотъ долженъ былъ нести отвѣтственность за всѣ послѣдствія своего дѣянія, какъ бы ни превосходили они задуманное [100]). Противъ этого ученія выступилъ Фейербахъ, доказывая, что dolus indirectus въ сущности представляетъ собою смѣшанную форму вины—умыселъ, направленный на совершеніе основного деликта и неосторожность въ отношеніи придатка, т. е. болѣе тяжкаго послѣдствія [101]). Эту форму вины Фейербахъ назвалъ culpa dolo determinata Часто, дѣйствительно, умышленно совершающій дѣяніе, напр., причиняющій рану, можетъ предвидѣть и болѣе печальный результатъ [102]), напр., смерть жертвы, но нельзя это возводить въ общее правило: смерть можетъ оказаться и исключительнымъ послѣдствіемъ; иногда же болѣе тяжкій результатъ охватывается эвентуаль-

---

99) Löffler, 139, слѣд., 152, слѣд. См. также Bar, II, §§ 145—147.

100) Такъ уже каноническое право, именно Bernardus Papiensis въ концѣ XII в. См. Loffler, l. c.

101) Фейербахъ, впрочемъ, имѣлъ въ виду сознательную неосторожность. См. Loffler, 212, и здѣсь главу XI.

102) Уже старая итальянская доктрина иногда имѣла въ виду при dolus indirectus вмѣненіе *вѣроятныхъ* послѣдствій.

нымъ умысломъ. Случаи послѣдней категоріи и были основаніемъ смѣшенія этого понятія съ dolus indirectus въ прежней доктринѣ и даже въ новѣйшей французской и итальянской [103]), которая впрочемъ смѣшиваетъ dolus indirectus и съ неосторожностью и защищаетъ усиленную отвѣтственность только, если болѣе серіозныя послѣдствія принадлежатъ къ категоріи обычныхъ [104]), между тѣмъ не всегда и обычныя послѣдствія входятъ въ сферу предвидѣнья субъекта или возможности *его* предвидѣнья. Относительно попытокъ ограниченія отвѣтственности при деликтахъ, квалифицированныхъ объективными послѣдствіями, см. ниже, въ главѣ о причинной связи.

Старая доктрина различала еще умыселъ по степени опредѣленности представленія виновнаго и подраздѣляла dolus на determinatus и indeterminatus, неопредѣленный, иногда носившій названіе общаго (generalis) [105]),—терминъ, употреблявшійся обыкновенно въ другомъ значеніи (см. ниже, слѣд. главу). Неопредѣленность имѣлась въ виду относительно объекта или же еще относительно размѣровъ вре-

---

103) См. прим 23, въ пользу этого въ новѣйшее время Bar, II, § 174; Klee. Dol. indirectus (см литер. стр. 268), 44, 45: если болѣе тяжелый результатъ вытекалъ изъ специфической опасности основного деликта то первый подлежитъ вмѣненію въ умыселъ даже при исключительномъ теченіи причинности Klee (32, слѣд.) считаетъ опасность результата существенной вообще для вмѣненія въ умыселъ, если даже дѣяніе на этотъ результатъ прямо направлялось при ничтожной вѣроятности результата умысла нѣтъ даже при Absicht (см. выше, стр. 282). 1458 ст. нашего Уложения о нак. Klee (45) находитъ образцовой. Dolus indirectus сохранился также въ англійскомъ правѣ (см. выше, прим. 85) Оригинально, но неубѣдительно соображеніе въ пользу dolus indirectus, приводимое Флоріаномъ (I, 323) результатъ свидѣтельствуетъ о манерѣ виновнаго дѣйствовать (есть la produzione del modo suo di agire) и симптоматиченъ для его соціальной опасности (pericolosità)

104) Т е. предвидимыхъ, что равносильно неосторожности въ отношеніи этихъ послѣдствій, если принять для нея объективный масштабъ (см главу XI). Ortolan, I, № 392, и усматриваетъ здѣсь соединеніе dolus и culpa, а Prins, № 316, 317 признаетъ culpa dolo determinata согласно Manzini, это dolo misto a colpa, но установленіе предвидимости не требуется, она пресумируется, такъ и итальянская судебная практика (Manzini, II, № 308).

105) По терминологіи Hermann'a. См. о немъ у Bar'a, II, § 150.

да, напр. выстрѣлъ въ толпу или въ отдѣльнаго человѣка съ неопредѣленнымъ намѣреньемъ убить или ранить [106]). Видомъ неопредѣленнаго умысла признавали умыселъ альтернативный, когда онъ направлялся одинаково на одинъ изъ нѣсколькихъ объектовъ. Эти подраздѣленія, не имѣющія никакой практической цѣнности отброшены уже въ семидесятыхъ годахъ XIX в. Совершенно несостоятельнымъ слѣдуетъ признать умыселъ, слѣдующій за дѣяніемъ или упущеніемъ (dolus subsequens), такъ какъ вина должна быть въ моментъ дѣянія· только тогда послѣднее можетъ быть выраженіемъ вины. Dolus subsequens сыгралъ роль при такъ назыв. delicta commissionis per omissionem (см. ниже).

106) Такъ, напр., Garçon art 295, № 57; см. еще Janka-Kallina, 92. Ortolan, I, № 393, смѣшиваетъ l'intention indeterminée съ умысломъ поставленія въ опасность.

ГЛАВА X.

Ошибка, какъ обстоятельство, исключающее умыселъ.

I. Ученіе объ ошибкѣ и его значеніе. II. Ошибка фактическая и ея значеніе. III Особые виды этой ошибки 1 ошибка въ объектѣ; 2 отличіе послѣдней отъ aberratio ictus, 3. невѣрное представленіе о теченіи причинности; 4 такъ назыв. dolus generalis. IV. Ошибка въ правѣ: 1. положеніе „error juris nocet“ и основанія его; 2 различные пріемы смягченія его, значеніе процессуальнаго момента, 3. error juris non criminalis, 4 error juris въ положительномъ правѣ.

Литература. См. литературу, относящуюся къ умыслу (см. къ главѣ IX) и указан. ниже въ примѣч.

I. Ученіе объ ошибкѣ есть въ сущности не что иное, какъ анализъ признаковъ умысла съ отрицательной стороны [1]); это изслѣдованіе вліянія на вмѣненіе въ умыселъ невѣрнаго представленія или отсутствія представленія, невѣдѣнья (error или ignorantia). Конечно, если наличность извѣстныхъ представленій (см. стр. 271) необходима для умысла, то ихъ отсутствіе его исключаетъ. Это само собою разумѣется, но въ законодательствахъ обыкновенно содержатся именно постановленія о значеніи ошибки, тогда какъ понятіе умысла не опредѣляется ближе, напр: въ нашемъ Улож. о нак., въ германскомъ угол. кодексѣ. Старая доктрина также касалась отдѣльныхъ элементовъ умысла въ ученіи объ ошибкѣ. Подъ вліяніемъ этого изложеніе вопроса объ ошибкѣ часто выдѣляется и современными крими-

1) Такъ Kohlrausch, Irrtum, § 2; Frank, 144

налистами [2]), дающими исчерпывающее опредѣленіе умысла; такой пріемъ способствуетъ большему выясненію вопроса о свойствѣ и предѣлахъ точности тѣхъ представленій или того знанія, которыя существенны для этого понятія

II. Ошибку принято различать двухъ видовъ фактическую (error facti) и юридическую (error juris)

Значеніе фактической ошибки, которое опредѣляется правиломъ „error facti prodest (excusat)", въ сущности недостаточно точнымъ, сводится къ слѣдующему

1) *невѣдѣнье обстоятельства, существеннаго для бытія преступленія, или конститутивнаго*, напр. при кражѣ, что вещь чужая, при передачѣ монеты, что она фальшивая, при убійствѣ, что объектъ, въ который направленъ выстрѣлъ, человѣкъ, исключаетъ умыселъ и вмѣстѣ съ тѣмъ преступность дѣянія, если только послѣднее нельзя вмѣнить въ неосторожность [3]), т. е. при извинительной ошибкѣ или же при наказуемости дѣянія только умышленнаго (такъ, кража немыслима по неосторожности).

2) *Невѣдѣнье обстоятельства, обращающаго деликтъ въ квалифицированный*, напр. того, что оскорбляемое лицо должностное, при исполненіи служебныхъ обязанностей, устраняетъ вмѣненіе въ умыселъ квалифицированнаго деликта, но не простого (т. е. отвѣтственность по 130 ст. Уст о нак., а не по 286 ст. Улож о нак.).

Но при представленіи о возможности обстоятельства, указаннаго выше подъ цыфрами 1 и 2, нельзя уже говорить объ ошибкѣ, и возмо-

---

2) Такъ, особые §§, слѣдующіе за § объ умыслѣ, у Liszt'a, или за §§ объ умыслѣ и неосторожности у Познышева, Сергѣевскаго Другіе, напр, Таганцевъ, Meyer-Allfeld, Frank, разсматриваютъ вопросъ объ ошибкѣ при анализѣ элементовъ умысла Въ дѣйствительности вопросъ объ ошибкѣ возникаетъ и при покушеніи, когда также есть несовпаденіе представляемаго субъектомъ и осуществившагося, поэтому Kohler(Leitfaden) излагаетъ даже вопросъ о покушеніи въ главѣ, посвященной винѣ. Французскіе криминалисты разсматриваютъ вопросъ объ ошибкѣ среди обстоятельствъ, устраняющихъ виновность, наряду съ тѣми, которыя устраняютъ вмѣняемость, а Finger, I, 23[illegible] прямо къ послѣднимъ и относитъ ошибку.

3) неосторожность, если ошибка неизвинительна, т. е. если при надлежащемъ вниманіи, ея можно было избѣгнуть. Ср. слѣд. главу.

женъ dolus eventualis[4]): такъ, субъектъ полагаетъ, что вещь никому не принадлежитъ, напр., брошена собственникомъ (res derelicta), но допускаетъ, что она утеряна или же оставлена безъ присмотра, тѣмъ не менѣе беретъ ее и не остановился бы и при увѣренности въ справедливости второго предположенія, онъ виновенъ въ присвоеніи или кражѣ Воръ похищаетъ кошелекъ у бѣднаго по внѣшнему виду человѣка и ожидаетъ найти тамъ мелочь, въ дѣйствительности же находитъ пять сотенныхъ бумажекъ или подписанный вексельный бланкъ, онъ виновенъ въ кражѣ на сумму свыше 300 р или въ кражѣ документа (1655 ст., ч 3, или 1657 ст Ул. о нак., а не 169 ст Уст о нак.), такъ какъ онъ, конечно, не отказался бы отъ похищенія, если бы опредѣленно зналъ содержимое кошелька.

Оба разсмотрѣнныхъ случая ошибки *разрѣшаются такъ и* судебной практикой, и наукой, а также *нашимъ законодательствомъ*—ст. 43 Угол Улож. и ст. 99 Ул. о нак [5]), опредѣленіе которой, относящееся только къ первому случаю, подлежитъ распространенію по аналогіи и на случай подъ п. 2.

---

4) См. Merkel-Liepmann, 106, Hippel, V. D III, 543; и выше здѣсь, стр. 284, а также примѣч. 30 на стр 280, примѣръ изъ германск практики о неточномъ знаніи возраста дѣвочки Въ сходномъ случаѣ обольщенія или похищенія не достигшихъ указаннаго въ законѣ возраста безразличное отношеніе къ возрасту и дѣйствительная ошибка, увѣренность, что дѣвушка старше, одинаково не оказываютъ вліянія на отвѣтственность, согласно англо-американской судебной практикѣ, см. Wharton I, 106, Harris, 28, 29, примѣры 4 и 5 Такъ и Garraud, I, № 291 (ошибка въ возрастѣ изнасилованной), такъ и Manzini, II, 142, и итальянская практика Вообще, гдѣ статутъ не требуетъ дѣйствительнаго знанія факта, незнаніе не устраняетъ преступленія, напр. при ошибочной увѣренности жены, что мужъ умеръ (за истеченіемъ семи лѣтъ его отсутствія) вступленіе ея во второй бракъ наказуемо, какъ bigamy (Wharton, § 88; contra Harris, 28, подъ п 1, рѣш. 1889 г. по дѣлу Tolson). См. еще Finger, I, 250, пр. 335

5) Ст. 43 Уг Ул · „Невѣдѣнье обстоятельства, коимъ обусловливается преступность дѣянія или которое усиливаетъ отвѣтственность устраняетъ вмѣненіе въ вину самаго дѣянія или усиливающаго отвѣтственность обстоятельства. При неосторожныхъ дѣяніяхъ правило сіе не примѣняется, если самое невѣдѣнье было послѣдствіемъ небрежности". Ст. 99 Ул о нак · «Кто учинитъ что-либо противное закону единственно по совершенному, отъ *случайной* ошибки или вслѣдствіе обмана происшедшему *невѣдѣнью тѣхъ обстоятельствъ, отъ коихъ* именно *дѣяніе* его *обратилось въ противозаконное*, тому содѣянное имъ не вмѣняется въ вину". Иногда Ул. о нак. назначаетъ однако церковное покаяніе

3) Субъектъ по ошибкѣ принимаетъ, что есть на лицо *обстоятельство, обращающее преступленіе въ привилегированное или же устраняющее противоправность* дѣянія, напр.: мать убиваетъ новорожденнаго ребенка въ увѣренности, что онъ внѣбрачный, тогда какъ для этого нѣтъ дѣйствительнаго основанія [6]), кто-либо стрѣляетъ въ нападающаго, не разобравши, что нападеніе представляетъ только неудачную шутку, и полагая, что есть основаніе для (ненаказуемой) обороны Большей частью вниманіе ученыхъ останавливаютъ на себѣ случаи второго рода и разрѣшаются въ томъ смыслѣ, что дѣяніе не подлежитъ вмѣненію въ умыселъ [7]). Дѣйствительно, происшедшее должно быть обсуждаемо такъ, какъ оно представлялось дѣйствовавшему субъекту не сознавая существенныхъ моментовъ, которые придавали дѣянію преступный характеръ, онъ не проявилъ въ дѣяніи преступнаго настроенія. Положеніе здѣсь такое же, какъ въ разсмотрѣнномъ выше случаѣ подъ ц. 1. Иногда даже обстоятельства, устраняющія противоправность дѣянія, принимаются за отрицательные признаки состава преступленія, т. е. такіе, отсутствіе которыхъ предполагается послѣднимъ [8]). Но указанное соображеніе примѣнимо и къ случаямъ перваго рода [9]) если субъектъ дѣйствовалъ подъ вліяніемъ представленія о такомъ обстоятельствѣ, наличность котораго дѣлаетъ деликтъ менѣе наказуемымъ, по оцѣнкѣ законода-

---

6) Напр, увѣренность ея была основана на томъ, что ребенокъ былъ зачатъ до брака, тогда какъ рожденіе во время существованія брака достаточно для законности См. Frank, къ § 217 и стр. 140; Meyer-Allfeld, 141. Другой примѣръ: убивающій увѣренъ въ наличности настойчивой просьбы о томъ убиваемаго, терпящаго нестерпимыя страданія. См. ниже (согласіе потерпѣвшаго).

7) Такъ communis opinio, между прочимъ, англійск право Harris, 29, ц. 9, Wharton, I, 101, 100 пр. 3, b (for the will und the deed do not correspond.). Исключеніе составляетъ Liszt, 185, признающій, впрочемъ, что общепринятое рѣшеніе больше соотвѣтствуетъ чувству гуманности (пр. 4).

8) Такъ, Merkel(-Liepmann), 106, Frank, 13, Hippel V. D. III, 542.

9) Такъ, Таганцевъ, I, 583, 584, Halschner, I, 272 Meyer-Allfeld, l. c., Frank, l. c., Binding Lehrbuch. Besond. Th. (1902 г.), I, 32; иначе прежде въ Normen, II, 513; Finger, I, 250 (тамъ же указан. на нѣкот. друг.) Contra Liszt, 180, пр 10.

теля, то для характеристики настроенія преступника важно не дѣйствительное существованіе этого обстоятельства, а увѣренность въ его существованіи. Здѣсь въ сущности то же положеніе, что въ случаѣ подъ ц. 2: привилегированный деликтъ относится къ основному, какъ основной къ квалифицированному: незнаніе того, что ребенокъ законный, равносильно незнанію того, что оскорбляемый должностное лицо.

4. Ошибка относится *къ обстоятельствамъ безразличнымъ для состава;* дѣяніе остается умышленнымъ: напр., если виновный полагалъ, что необходима жалоба потерпѣвшаго для возбужденія уголовнаго преслѣдованія (ошибка относительно условія преслѣдованія), или полагалъ, что отечественный законъ не примѣняется къ дѣянію, совершенному за-границей (ошибка относительно объективнаго условія наказуемости), или считалъ похищаемую вещь принадлежащей не B., а D.

Другой вопросъ, какое значеніе имѣетъ ошибка противоположнаго характера, когда субъектъ ошибочно представляетъ себѣ *наличность* запрета, который не существуетъ, или обстоятельства, которое сдѣлало бы его дѣяніе преступнымъ или болѣе преступнымъ. Въ первомъ изъ этихъ случаевъ настроеніе субъекта непреступно, оно противно не дѣйствительному, а воображаемому правопорядку, это *delictum putativum*, ненаказуемое *мнимое преступленіе*, напр, холостой полагаетъ, что вступая въ связь съ незамужней женщиной, совершаетъ преступленіе. Въ двухъ другихъ случаяхъ умысла нельзя отрицать, но онъ не реализовался или реализовался невполнѣ: похищенная вещь оказалась принадлежащей самому похитителю, пуля, направленная издали въ лежащаго человѣка, попала въ уже мертвое (отъ солнечнаго удара) тѣло, или лежалъ не человѣкъ, а упавшее огородное чучело; похищенное имущество оказалось, хотя и чужимъ, но не церковнымъ; убитый ребенокъ былъ, вопреки мнѣнію матери, внѣбрачный, такъ какъ бракъ не имѣлъ силы (вѣнчаніе было совершено некомпетентнымъ органомъ).

Вопросъ, какъ отражается не осуществившееся или не вполнѣ осуществившееся преступное настроеніе на отвѣтственности и можно ли въ приведенныхъ случаяхъ видѣть наказуемое или строже наказуемое дѣяніе, есть не что иное,

какъ *вопросъ о наказуемости негоднаго покушенія*, разсматриваемый ниже [10]).

III.—1. Только частный случай фактической ошибки представляетъ собою *ошибка въ объектѣ*, *error in objecto* или in persona. такъ В., задумавъ убить С, въ темнотѣ принимаетъ за него и убиваетъ D. Уже итальянская средневѣковая доктрина видѣла здѣсь умышленное убійство, иногда впрочемъ высказываясь за смягченіе наказанія [11]). Этотъ взглядъ опирался на уже указанное начало отвѣтственности и за непредусмотрѣнныя послѣдствія противозаконнаго дѣянія, которыя вмѣнялись въ dolus indirectus [12]) И позже такая ошибка признавалась несущественной, не вліяющей на умыселъ, преобладающимъ большинствомъ криминалистовъ [13]), а изъ современныхъ криминалистовъ только проф. Листъ придерживается противоположнаго взгляда Но нынѣ принятое мнѣніе [14]) опирается уже не на dolus indirectus,

10) Это случаи недостающаго признака состава (Mangel am Thatbestand) или же посягательства на негодный объектъ. Ср. Kohlrausch, op c., 12. Garçon, № 59, къ art. 295; Bar, III, § 95; Meyer-Allfeld, 151, пр 47; Hippelъ Z. 31 т., 576. Halschner, I, 272, разрѣшаетъ вопросъ при разсмотрѣніи ошибки въ утвердительномъ смыслѣ: мать, убивающая внѣбрачнаго ребенка въ убѣжденіи, что онъ законный, виновна въ убійствѣ а не дѣтоубійствѣ; пасынокъ, убивающій въ темнотѣ отчима, чтобы избавить отъ его преслѣдованій мать, въ тотъ моментъ, когда отчимъ заноситъ надъ ней смертельный ударъ (см. казуистику Сергѣевскаго, №VIII), виновенъ въ убійствѣ и не можетъ ссылаться на оборону, которой онъ не сознавалъ. Такъ и Kohler, Stud. I, 37; Binding, Norm., II, 194, Lehrb, 32, тогда какъ Bar (l. c) видитъ въ послѣднемъ случаѣ ненаказуемое покушеніе на негодный объектъ. Ср. еще Delaquis, Versuch, 100

11) См. различн. мнѣнія у Карпцова (Practica, quaest. 5), которыя примыкали къ толкованію постановленій римскаго права по поводу ошибки въ объектѣ при injuria.

12) Carpzovius, ibid., N. 11 и 14 (operam dabat rei illicitae).

13) Kostlin, System, 199, Halschner, I, 267; тамъ же указ. на стар. литерат. Нѣкоторые признавали покушеніе на умышленное дѣяніе по отношенію къ задуманному объекту и неосторожное (Geib) или умышленное (Bohlau) оконченное по отношенію къ дѣйствительному (Halschner, ib, пр. 2); отступаетъ отъ общаго мнѣнія также Buri въ одной изъ его первыхъ работъ (Causalität und deren Verantwortung. 1873 г, стр 83).

14) Таганцевъ, I, 631, Сергѣевскій, 317; Познышевъ, 303, Merkel-Liepmann, 107, Meyer-Allfeld, 151; Hippel, V. D. III, 544, Bar, II, § 188

а на то, что *при юридической равноцѣнности объектовъ*, индивидуальныя свойства послѣднихъ, какъ не относящіяся къ признакамъ состава преступленія, безразличны для умысла, не должны непремѣнно охватываться сознаніемъ дѣйствующаго субъекта· достаточно, если онъ сознаетъ, что стрѣляетъ въ человѣка и желаетъ этого, а будетъ ли это C. или D. такъ же лишено значенія, какъ въ случаѣ, когда онъ въ темнотѣ похищаетъ вмѣсто одной вещи другую, ему также не принадлежащую; законъ караетъ за убійство человѣка вообще [15]).

Возможно однако, что *индивидуальныя свойства* объектовъ задуманнаго или дѣйствительнаго *вліяютъ на квалификацію* дѣянія· такъ, если, въ приведенномъ примѣрѣ, C. или D. отецъ B. Здѣсь примѣнимы общія положенія объ ошибкѣ: неизвѣстное B. квалифицирующее обстоятельство, что D. отецъ, не вмѣняется; дѣяніе представляетъ собою обыкновенное убійство, а не отцеубійство. Если же задумано было послѣднее (C. отецъ), а осуществлено убійство посторонняго (D), то это снова вопросъ о значеніи не реализовавшагося вполнѣ умысла, отвѣтъ на который зависитъ отъ взгляда на сущность покушенія и на негодное покушеніе [16]). Въ старой доктринѣ существовало мнѣніе, что дѣяніе должно разсматриваться, какъ умышленное въ отношеніи *заду-*

Frank, 139 и германск. практика, Garraud, I, № 292; Prins, 270, Garçon art 295, № 67, слѣд., французск практика; Manzini, I, 146 и итальянск. и. англійск практика (Wharton, I, 100, пр. 3, с.).

15) Bar, II, 365, противъ этой аргументаціи въ случаяхъ, гдѣ намѣренье ограничивается индивидуально опредѣленнымъ объектомъ, высказываясь однако въ пользу наказанія за умышленное дѣяніе, на томъ основаніи, что антисоціальное настроеніе субъекта остается такимъ же и что иное рѣшеніе обезоружило бы уголовное правосудіе въ борьбѣ съ наиболѣе тяжкими преступленіями. Напротивъ, Buri, l. c. признаетъ въ этихъ случаяхъ неосторожность въ отношеніи дѣйствит. объекта и покушеніе (умышленное) на задуманный, если, напр., субъектъ желалъ присвоить себѣ серебряный кубокъ, какъ фамильную вещь, а присвоилъ другой кубокъ Такъ и Пусторослевъ, 417, 418.

16) См. выше прим. 10. Дѣяніе можетъ, вслѣдствіе замѣны одного объекта другимъ, превратиться въ покушеніе на негодный объектъ, такъ: вмѣсто чужой вещи взята собственная, или—въ другое преступное дѣяніе, напр. вмѣсто убійства, окажется поврежденіе вещи.

маннаго объекта[17]); такимъ образомъ В. въ послѣднемъ случаѣ отвѣчалъ бы за отцеубійство. Такъ рѣшаетъ вопросъ и наше *Улож. о нак.* въ ст. 1456. „Кто, имѣя намѣренье нанести кому либо смерть, вмѣсто сего лица, по ошибкѣ или иному случаю, лишитъ жизни другого, тотъ подвергается тому же самому наказанію, какому, на основаніи предшедшихъ 1449—1455 ст., онъ долженствовалъ бы подвергнуться, если бы умертвилъ того, на жизнь коего онъ имѣлъ умыселъ". Напротивъ, communis opinio нынѣ признаетъ умышленное дѣяніе[18]) въ отношеніи дѣйствительнаго объекта, а въ отношеніи задуманнаго усматриваетъ только приготовленіе или же обнаруженіе умысла[19]). Нашъ Сенатъ смотритъ

17) Такъ, старое англійское право. См. Wharton, I, § 120

18) Оно можетъ быть или оконченнымъ (D. убитъ), или же покушеніемъ (D. не убитъ).

19) Такъ, криминалисты, указ въ пр 14. Manzini, II, 147, объясняетъ, что умышленному квалифицирующему обстоятельству не соотвѣтствуетъ объективная сторона *отце*-убіиство не осуществилось. Таганцевъ указываетъ на то, что отецъ можетъ быть свидѣтелемъ по дѣлу о его убійствѣ, и если сынъ затѣмъ дѣйствительно его убьетъ, то окажется два раза совершившимъ убійство одного и того же лица Если однако признать въ отношеніи задуманнаго объекта отца) покушеніе (такъ Bohlau), то это возраженіе отпадаетъ. Vidal, 303, полагаетъ, что для оцѣнки дѣянія важны отношенія субъекта къ *задуманному* объекту; таковъ долженъ быть выводъ и съ точки зрѣнія Bar'a, исходящаго изъ тождества антисоціальнаго настроенія (см. еще Bar, II, 368 и Florian, I, § 292, 293). Если придавать значеніе не объективному моменту, а низменному мотиву преступленія (къ этому можетъ быть сведена усиленная отвѣтственность при отцеубійствѣ), то этотъ мотивъ не устраняется осуществленіемъ убійства надъ постороннимъ, какъ и въ противоположномъ случаѣ, т. е. если въ отношеніи *задуманнаго* объекта дѣяніе представлялось бы менѣе наказуемымъ, напр. какъ вызванное тяжкимъ оскорбленіемъ, возможно принять въ соображеніе эти *смягчающіе* моменты, хотя дѣйствительный объектъ былъ другой, какъ постановлено въ 52 ст. итальянск. угол. кодекса, въ англійскомъ правѣ, если въ отношеніи предполагаемаго лица убійство утрачивало преступный характеръ (было justifiable), то при осуществленіи его надъ другимъ лицомъ, оно ненаказуемо Wharton, I, 143 Предположеніе, что, будь въ дѣйствительности задуманный объектъ, преступникъ, можетъ быть, получилъ бы впечатлѣнія, которыя оказали бы вліяніе на его настроеніе (такъ Познышевъ, l. c. отвергающій вмѣненіе квалифицированнаго деликта), едва ли здѣсь умѣстно, ибо субъектъ предста-

на 1456 ст., какъ на исключеніе, и не распространяетъ ея на другіе случаи ошибки въ объектѣ, кромѣ убійства [20])

Возможно, что, вслѣдствіе ошибки въ объектѣ, соотношеніе между задуманнымъ и выполненнымъ будетъ иное, чѣмъ въ послѣднемъ примѣрѣ преступленіе окажется не видомъ задуманнаго, квалифицированнымъ или обратно, а совершенно другимъ: вмѣсто убійства совершено поврежденіе вещи, вмѣсто похищенія незамужней для вступленія съ нею въ бракъ увозъ замужней, не представлявшій никакого интереса для похитителя, не служившій, конечно, и тѣмъ преступнымъ цѣлямъ, которыя предусмотрѣны въ законѣ (см. 1549, 1580, 1529, 1530 ст Ул. о нак.). Въ такихъ случаяхъ указанное выше соображеніе въ пользу вмѣненія въ умыселъ дѣянія надъ дѣйствительнымъ объектомъ непримѣнимо въ моментъ дѣянія онъ не сознаетъ тѣхъ чертъ объекта, сознаніе которыхъ необходимо для умысла на этотъ деликтъ стрѣляющій не знаетъ, что передъ нимъ статуя, похититель не знаетъ, что увозитъ ненужную ему особу, нельзя признать ни умышленнаго поврежденія вещи, ни похищенія замужней, ни даже противозаконнаго лишенія свободы, если похищеніе предполагалось съ согласія похищаемой [21]) и если, обнаруживъ ошибку, похититель отвезъ даму обратно. Рѣчь можетъ идти снова только объ умѣстности наказанія за неосуществившееся намѣренье [22]).

влялъ себѣ, что данный объектъ какъ разъ имѣетъ примѣты, признаки задуманнаго. По Кестлину, System, 200, при наказаніи за оконченное дѣйствительное преступленіе нужно принять въ расчетъ покушеніе на тотъ излишекъ, который содержался въ задуманномъ квалифицированномъ. Сходно Hippel, въ Z 31 т., 576

20) Рѣш. 1874 г., № 49, по дѣлу Пономарева и Таганцевъ, l. c.

21) Если похищеніе совершалось безъ согласія, то при замѣнѣ объекта остается умыселъ на меньшее преступленіе, заключающееся въ похищеніи, какъ часть въ цѣломъ,—на лишеніе свободы. См. мои „Задачи по угол праву“ № 33

22) Beling, Unschuld, 51, 52, отвергаетъ въ первомъ примѣрѣ и умышленное поврежденіе имущества (нѣтъ умысла) и убійство (ибо умыселъ не можетъ замѣнить недостающаго объективнаго момента), но полагаетъ, что нѣтъ основанія и для безнаказанности, такъ какъ остается извѣстное количество неправа (Unrecht) и вины въ соотвѣт-

Какъ было указано, отступаетъ отъ общепринятаго мнѣ ніе Листа, относящееся вообще къ вопросу о значеніи ошибки для умысла. Листъ находитъ, что послѣдній исключается только существенной ошибкой, но существенной онъ признаетъ такую ошибку, что, не будь ея, знай субъектъ дѣйствительное положеніе, онъ воздержался бы отъ совершенія дѣянія. Примѣнительно къ error in objecto получается слѣдующій выводъ: если бы B. зналъ, что стрѣляетъ не въ C., а въ D., онъ, конечно, не произвелъ бы выстрѣла; смерть D. можно вмѣнить только въ неосторожность. Листъ упускаетъ изъ вида, что отказъ субъекта отъ дѣянія послѣдовалъ бы въ силу обстоятельства, нисколько не говорящаго въ его пользу, безразличнаго для характеристики его настроенія[23]) Критерій, предлагаемый Листомъ для разграниченія существенной и несущественной ошибки, приводитъ къ совершенно непріемлемымъ результатамъ, напр., къ невмѣненію въ умыселъ убійства, совершеннаго для полученія наслѣдства, если убійцѣ не было извѣстно, что имущество завѣщано другому: вѣдь, если бы это было извѣстно, не будь въ этомъ отношеніи ошибки, виновный не совершилъ бы своего дѣянія[24]).

ствіи другъ съ другомъ, Beling полагаетъ умѣстнымъ наказаніе по крайней мѣрѣ такое, какое положено за меньшее изъ двухъ преступленій.

23) Liszt, § 41—II, 2; онъ поясняетъ, впрочемъ, что обстоятельство можетъ стать существеннымъ отъ того, что оно, съ исключеніемъ всѣхъ другихъ соотвѣтствующихъ обстоятельствъ, охватывалось умысломъ съ полнѣйшей опредѣленностью, и опирается далѣе на тождество error in objecto и aberratio (см. ниже): „перепутаетъ ли A, желающій оскорбить по телефону B., самъ номера, или же его неправильно соединятъ, не составляетъ никакой разницы". Едва ли правъ Bar (II, 367, пр. 149), который видитъ и въ первомъ случаѣ (когда A. перепуталъ самъ №) aberratio, но независимо отъ этого, примѣръ, приводимый Листомъ, нельзя назвать убѣдительнымъ: обидныя слова по ложному адресу теряютъ обидный характеръ, и A не подлежитъ отвѣтственности за (умышленную) обиду просто по отсутствію состава преступленія. Ср. Finger въ Festgabe f. Binding, I, 273

24) См. Bar, l. c., Hippel, V. D. III, 543. Напротивъ, Rosenfeld, Z. 32 т., 491, высказываетъ сожалѣніе, что взглядъ Листа не нашелъ послѣдователей.

2. Отъ error in objecto отличается *отклоненіе дѣйствія aberratio ictus vel delicti*, т. е. осуществленіе дѣянія надъ другимъ объектомъ не вслѣдствіе того, что онъ принятъ за надлежащій, а вслѣдствіе другихъ причинъ. А прицѣлился въ В., съ намѣреньемъ убить его, но въ моментъ выстрѣла А поскользнулся, его схватили за руку, В. заслонила его мать, и выстрѣлъ убилъ ее или другое лицо, такъ какъ ружье приняло не то направленіе[25]). Въ отношеніи В. слѣдуетъ признать покушеніе на (умышленное) убійство, смерть другого лица или случайная, или же вмѣнима А. въ неосторожность[26]) (если онъ могъ и долженъ былъ предвидѣть этотъ результатъ или представлялъ себѣ его возможность, но полагалъ предотвратить напр., замѣтилъ, что близко отъ В. находился С., но расчитывалъ, что не промахнется).

Едва ли возможенъ случай dolus eventualis въ отношеніи смерти С, такъ какъ, при увѣренности въ такомъ исходѣ, А. отказался бы отъ выстрѣла, ибо это означало крушеніе его плана. Если же для А. было все равно, попадетъ ли онъ въ В. или С, то это dolus alternativus, но нельзя уже говорить объ aberratio

Старая доктрина рѣшала случаи aberratio, какъ error in objecto, и признавала одно оконченное умышленное убійство[27]). За такое рѣшеніе высказываются и многіе современные криминалисты[28]), при *юридической равноцѣнности*

---

25) Любопытный случай изъ французской практики приводитъ Garçon, art 295, № 72 Вѣра Жело стрѣляла въ профес Дешанеля, принявши его за другое лицо, съ которымъ хотѣла свести счеты, выстрѣлъ причинилъ рану Зелениной, повлекшую ея смерть. Здѣсь и ошибка въ объектѣ и aberratio ictus.

26) Такъ, Halschner, I, 269, 270 и еще раньше Luden (см указан у Гельшнера); Merkel-Liepmann, 107; Bar, II, § 190, Таганцевъ, I, 629; Сергѣевскій, 317; Познышевъ, 304; Пусторослевъ, 416; Hippel V. D. III, 544; Meyer-Allfeld, 152 и друг. Такъ и германск. высшій судъ. Впервые эта точка зрѣнія была предложена, какъ указываетъ Bar (l. c.), уже Gesterding'омъ въ 1819 г.

27) Такъ Bartolus, Clarus, Carpzow, напротивъ, Farinacius считалъ причиненный вредъ случайнымъ. См. Carpzowius, Practica, quaest., 5, №№ 20, 21, 22, см истор. данныя также у Bar'a, II, § 189. Въ XIX в. Kostlin, Syst, 199 и нѣкот. друг. (см. у Гельшнера, l. c).

28) Такъ французская, итальянская и англійская судебная практика и литература. См. Vidal, 303; Manzini, II, 147; Alimena, 464—465 Florian, I, § 292 и 293, Wharton, I, 143 (mistaking or accident) Изъ современныхъ нѣмецкихъ криминалистовъ отрицаютъ различіе error и

объектовъ [29]), не усматривая разницы между этими категоріями случаевъ [30]), тогда какъ она отчетливо выступаетъ въ направленіи дѣянія, въ самый моментъ начала его выполненія, на другой объектъ при error, и на задуманный объектъ при aberratio [31]). Не отличается ясностью защита этого (оспариваемаго) взгляда Колеромъ [32]): онъ находитъ основаніе признать оконченное умышленное дѣяніе въ „причинной эквивалентности" (kausale Aequivalenz) дѣянія: А. хотѣлъ убить и дѣйствительно убилъ, а кого, для права безразлично, ибо стремленіе къ конкретному включаетъ и стремленіе къ абстрактному и, если абстрактное осуществилось другимъ образомъ, чѣмъ субъектъ думалъ, онъ долженъ принять результатъ на себя. Но правильно было бы сказать: А хотѣлъ причинить смерть и дѣйствительно причинилъ; законъ однако разсматриваетъ причиненіе смерти различно въ зависимости отъ того, было это причиненіе умышленное, т. е. убійство, или случайное, или неосторожное, а при aberratio причиненіе, которое послѣдовало, не было тѣмъ, котораго желалъ произведшій выстрѣлъ.

---

aberratio Finger, I, 254; Frank, 140, Lammasch, 34, Beling, Verbrech., 325; Kohler (ниже) и признаютъ единое умышленное дѣяніе Противъ различія, но за неосторожность Liszt, l c. и отчасти Buri, 83

29) Наше Ул. о нак. (ст. 1456) примѣняетъ правило, принятое для ошибки, т. е. наказаніе за *задуманное* убійство (напр отцеубійство см. выше, стр. 311) и къ aberratio: законъ говоритъ по ошибкѣ или *иному случаю*. Въ пользу этого и Florian, l. c; contra Finger, l. c § 52 Итальянск. кодекса относится также не только къ ошибкѣ, но и къ aberratio.

30) Къ этому обыкновенно сводится вся мотивировка (напр. Manzini distinzione artificiosa ed academica; Kostlin, Finger, Frank, l c). Garçon, № 68 къ ст 295, опирается на intention eventuelle, онъ признаетъ кромѣ посягательства на дѣйствительный объектъ (т е кромѣ оконченнаго умышленнаго деликта или покушенія) еще и покушеніе на задуманный

31) Если бы А дѣйствительно попалъ въ В, но пуля кромѣ того задѣла С. (напр , рикошетомъ), то невозможность вмѣненія смерти или пораненія С. въ умыселъ А совершенно очевидна, говоритъ Гельшнеръ (l. c.), ко рѣшеніе въ отношеніи С не мѣняется отъ того, что пуля не попала и въ В.

32) Kohler, Leitfaden, § 28

Это разногласіе теряетъ впрочемъ практическое значеніе, если признавать покушеніе наказуемымъ наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ [33]).

3. Ошибка можетъ заключаться въ томъ, что *субъектъ невѣрно представляетъ себѣ теченіе причинности между его дѣяніемъ и результатомъ*. Эта ошибка не относится большей частью къ признакамъ состава преступленія, развѣ бы законодатель выдѣлилъ особый способъ достиженія результата, какъ существенный моментъ въ понятіи какого-либо деликта, напр. отравленіе, въ отличіе отъ другихъ способовъ причиненія смерти [34]). Но, независимо отъ подобныхъ исключеній, и въ другихъ случаяхъ, хотя здѣсь способъ безразличенъ, хотя законъ устанавливаетъ наказаніе, какимъ бы путемъ ни былъ причиненъ результатъ, нельзя *отсюда* дѣлать выводъ, что ошибка субъекта въ этомъ отношеніи не имѣетъ значенія для вмѣненія этого результата въ умыселъ [35]), такъ какъ для послѣдняго существенно представленіе о причинной связи между дѣяніемъ и результатомъ [36]). Это представленіе не должно быть точнымъ, и не всякое несовпаденіе дѣйствительнаго порядка наступленія результата съ намѣреннымъ не позволяетъ отнести его къ умыслу, такъ какъ дѣйствительность весьма рѣдко бываетъ полнымъ воспроизведеніемъ той картины событія, которую представляетъ себѣ лицо, приведшее въ движеніе причинность

---

33) Этимъ объясняетъ Bar, l. c, отрицаніе французскими юристами значенія aberratio для отвѣтственности.

34) Поэтому выстрѣлившій въ другого cum animo necandi, не зная, что пуля отравлена, отвѣчаетъ за обыкновенное убійство, а не за квалифицированное, если рана сама по себѣ была смертельная независимо отъ дѣйствія яда, или же за покушеніе на простое убійство, если рана задѣла неважный органъ, и смерть наступила вслѣдствіе проникновенія въ кровь яда (иначе, если бы зараженіе крови отъ попавшаго въ рану обрывка одежды раненаго,—оконченное убійство, такъ какъ подробности наступленія результата не должны охватываться сознаніемъ дѣйствующаго съ умысломъ).

35) Такъ. Hippel, V. D., III, 545, 546, 572, слѣд, Kriegsmann, Z. 33 т. 278, и вообще тѣ, кто придерживается на причинную связь другого взгляда, чѣмъ принятый въ настоящемъ трудѣ (см. ниже, гл. XII).

36) См. выше, стр. 287, 288 и прим 51 тамъ же и Kohler, Leitfaden, § 26—II, 3.

своимъ дѣяніемъ, и всякій, кто предпринимаетъ послѣднее, отдаетъ себѣ отчетъ въ этомъ, сознаетъ возможность извѣстныхъ отклоненій осуществляемаго плана, какъ бы тщательно онъ ни былъ обдуманъ. *Всѣ отклоненія, которыя лежатъ въ предѣлахъ предвидимаго для этого лица, на которыя онъ могъ расчитывать, не даютъ основанія утверждать, что дѣйствительное развитіе причинности существенно отличается отъ намѣченнаго и что результатъ представляется не осуществленіемъ умысла,* а сюрпризомъ, случайнымъ осуществленіемъ мечты или неопредѣленнаго пожеланія; но нельзя идти дальше этой черты, и относить къ умыслу результатъ и въ случаяхъ, когда нѣкоторыя звенья причинной цѣпи не могли быть предвидимы субъектомъ, ибо *твердая воля не возлагаетъ расчета на такое развитіе причинности, которое лежитъ въ области случайнаго*[37]); то, что произошло, самъ субъектъ не можетъ связать со своимъ дѣяніемъ; результатъ ему самому представляется подаркомъ судьбы[38]).

Поэтому слѣдуетъ признать только покушеніе, но не оконченное умышленное убійство, т. е. нельзя вмѣнить смерть въ умыселъ, въ случаяхъ, когда B. даетъ D. отравленное мясо, и D. умираетъ подавившись первымъ кускомъ[39]) еще прежде, чѣмъ ядъ могъ проявить свое дѣй-

---

37) Именно въ этомъ заключается основаніе для отграниченія существенной ошибки въ причинности отъ несущественной по признаку предвидимости уклоненій, предлагаемому Frank'омъ (147), но недостаточно имъ обосновываемому. „если непредвидимыя послѣдствія не вмѣняются въ неосторожность, то они подавно не могутъ быть вмѣнены въ умыселъ, представляющій болѣе тяжкую форму вины". Liszt, § 40—II, 2, говоритъ о вмѣненіи въ умыселъ результата, если отклоненіе касается только отдѣльныхъ и несущественныхъ для всей картины дѣянія пунктовъ, повидимому относя и къ этой ошибкѣ общій предлагаемый имъ критерій существности (см. выше здѣсь, стр. 313).

38) У совершившаго дѣяніе, говоритъ Rosenfeld (Z. 32 т., 482) нѣтъ „Urhebergefuhl", онъ не сознаетъ результатъ, какъ *свое* дѣло. О недостаточной интенсивности злой воли и о трудности *доказать* умысел въ этихъ случаяхъ говоритъ Baumgarten .Aufbau d. Verbrechenslehre (1913), 143.

39) Сергѣевскій, 244 (иначе въ трудѣ „О значеніи причинной связи").

ствіе, или, когда B. съ умысломъ убить стрѣляетъ въ D и причиняетъ ему легкую рану, а D. погибаетъ, задавленный потолкомъ, обвалившимся въ больницѣ, гдѣ ему дѣлаютъ перевязку раны[40]), или, когда D, замѣтивъ, что B. въ него прицѣлился, инстинктивно дѣлаетъ въ моментъ выстрѣла прыжокъ въ сторону и падаетъ въ пропасть[40a]). Напротивъ, ошибка несущественна, дѣяніе должно разсматриваться, какъ оконченный деликтъ (убійство, отравленіе), когда A. бросаетъ C. съ моста въ рѣку, съ намѣреніемъ утопить, а C. разбиваетъ голову о каменный устой и мертвымъ падаетъ въ воду[41]), или, когда A. вливаетъ ядъ въ лекарство, стоящее на столикѣ у постели больного, выпьетъ ли тотъ лекарство самъ (какъ полагалъ A) или же больному вольетъ его въ ротъ не знающій о подмѣси врачъ. Но въ послѣднемъ случаѣ A. виновенъ только въ покушеніи, если врачъ распозналъ подмѣсь, но далъ отравленное лекарство, преслѣдуя свои цѣли, напр., женитьбу на богатой вдовѣ паціента

4) Только видъ ошибки въ способѣ наступленія результата (причиненія) представляютъ собою случаи, извѣстные старой доктринѣ подъ именемъ *dolus generalis*, по терминологіи, введенной криминалистомъ начала XIX в. *Вебером*[42]). Это случаи, когда субъектъ, совершивъ съ умысломъ какое-либо преступное дѣяніе, въ увѣренности, что результатъ достигнутъ, предпринимаетъ другое дѣяніе съ

---

40) См сходный примѣръ у Merkel'я (Merk -Lierm. 107), который, разсматривая вопросъ въ § объ умыслѣ и ошибкѣ, говоритъ, что промежуточная причина исключаетъ ту связь, которой желалъ субъектъ дѣянія.

40a) Существеннымъ признаетъ отклоненіе въ этомъ примѣрѣ Франкъ, несущественнымъ для вмѣненія результата Листъ

41) Такъ и Liszt, l. c.; Finger, Festgabe f. Binding, 272.

42) Такъ Weber въ N. Arch d Kriminalrechts, VII (1825 г.), 565. Bar, II, 359, указываетъ еще Oerstedt'a и Pfotenhauer'a. Едва ли однако, можно къ сторонникамъ dolus generalis въ этомъ смыслѣ отнести Kostlin'a (N Revis, 263) и Schwarze (Holtz. Handb. II, 313), какъ дѣлаютъ Bar, а также Halschner, I, 270, пр. 1; Кестлинъ и Шварце признаютъ не всегда умыселъ сохранившимся и по существу даютъ правильное рѣшеніе (см. ниже здѣсь, примѣч. 50), пользуясь только терминомъ polus generalis

инымъ намѣреньемъ, но результатъ вызывается именно вторымъ дѣйствіемъ, такъ какъ увѣренность субъекта опиралась на ошибочныя представленія, напр. грабители, полагая, что задушили уже свою жертву, вѣшаютъ ее на крюкъ люстры, чтобы симулировать самоубійство; убійца, полагая, что нанесенный имъ ударъ причинилъ смерть, бросаетъ трупъ въ рѣку, чтобы скрыть слѣды преступленія; оказывается; что въ первомъ случаѣ смерть наступила отъ повѣшенья, во второмъ отъ утопленія и что пострадавшій въ моментъ второго дѣянія былъ лишь въ глубокомъ обморокѣ. Старая доктрина находила, что умыселъ на убійство продолжается и послѣ перваго дѣянія, хотя, по мнѣнію субъекта, результатъ уже достигнутъ, какъ будто можно еще желать осуществленія того, что уже достигнуто; выходило, что умыселъ переживалъ свой собственный конецъ Несостоятельность этого взгляда [43]) побуждала искать другого рѣшенія этихъ случаевъ. Нѣкоторые криминалисты хотѣли вывести отвѣтственность за результатъ и вмѣненіе въ умыселъ оконченнаго деликта въ приведенныхъ примѣрахъ убійства изъ наличности причинной связи между первымъ и вторымъ дѣяніями, изъ которыхъ второе въ свою очередь находится въ причинной связи съ результатомъ (напр., смертью) [44]); дѣйствительно, ея нельзя отрицать [45]); не будь преступнаго посягательства, не было бы и всего послѣдующаго, но лицо отвѣчаетъ не просто за причиненіе, а за виновное причиненіе, и остается еще доказать, что при второмъ дѣяніи

---

43) См. Halschner, Bar, l c., Meyer-Allfeld, 152. Противъ Вебера уже Zachariae, Versuch, I, 281, слѣд., Berner, Imputationslehre, 193, слѣд. Возраженія Kostlin'a (l. c.) направлены скорѣе на аргументацію Бернера.

44) Такъ Krug въ G. A. X, 734, на томъ основаніи, что второе ошибочное дѣйствіе не прерываетъ причинной связи, какъ, если бы субъектъ воспользовался дѣятельностью умалишеннаго, чтобы вызвать результатъ. Нынѣ съ различной мотивировкой такъ же Таганцевъ, I, 677, 678, Познышевъ, § 218.

45) Такъ, Buri, Causalitat, 76 Lammasch, Grundr. 29. Конечно, возможны случаи, когда второе дѣяніе, причиняющее результатъ не вызвано первымъ (см. Сергѣевскій, 318), но эти случаи не вызываютъ затрудненій, связанныхъ съ dolus generalis.

былъ умыселъ причинить смерть [46]), а этого именно нельзя констатировать, если только субъектъ былъ увѣренъ въ томъ, что она уже послѣдовала. При такой увѣренности, нѣтъ единства субъективнаго настроенія, связывающаго въ одно цѣлое оба акта, которые поэтому должны быть обсуждаемы каждый отдѣльно; въ такомъ случаѣ первое дѣяніе есть покушеніе на убійство, вообще на умышленный деликтъ, а второе неосторожное лишеніе жизни [47]), если ошибка субъекта была неизвинительна (см. ниже) такъ, напримѣръ, когда ударъ, оглушившій другого, нанесенъ въ порывѣ раздраженія, нанесшій ударъ испуганъ случившимся, принимаетъ мѣры къ оживленію и, придя къ выводу, что дѣло непоправимо, скрываетъ мнимый трупъ въ какомъ-либо ящикѣ, гдѣ оглушенный погибаетъ отъ недостатка воздуха, или когда раскаявшійся отравитель даетъ противоядіе, но по незнанію такое, что именно оно причиняетъ смерть, тогда какъ данная прежде доза яда была для этого недостаточна. Часто однако второе дѣяніе, хотя и имѣетъ цѣлью сокрытіе слѣдовъ преступленія, предпринимается съ представленіемъ о возможности наступленія результата именно отъ этого дѣянія, и увѣренности въ томъ, что онъ уже послѣдовалъ, нѣтъ; тогда второе дѣяніе сопровождается первоначальнымъ умысломъ и направлено на достиженіе и этого результата, а не только на сокрытіе слѣдовъ, можетъ быть разсматриваемо, какъ продолженіе перваго и составля-

---

46) Правильно Halschner, I, 271, прим., который, однако, посылаетъ незаслуженный упрекъ Buri, между тѣмъ послѣдній вмѣняетъ результатъ въ умыселъ только, если промежуточныя причины оказали содѣйствіе не противъ воли виновнаго, чего нельзя сказать въ приводимыхъ ниже въ текстѣ примѣрахъ (Buri, 76, 77). Неправильно утвержденіе Bar'a (l. c.), что логическимъ выводомъ изъ ученія о причинной связи Buri (см. ниже) должно быть всегда вмѣненіе въ умыселъ и результата. Напротивъ, въ этой односторонности при рѣшеніи случаевъ dolus generalis повинны сторонники другихъ взглядовъ на причинность. См. выше, примѣч. 44.

47) Такъ большинство Berner, Zachariae, Schwarze, Halschner, Meyer-Allfeld, l. c.; Bar, § 185; Finger, I, 263; Frank, 147; Сергѣевскій, 318; Пусторослевъ, 420; Согласно Таганцеву, повидимому, здѣсь отвергается причинная связь, сходно Hippel, V. D. III, 546, пр 2, если причиненіе здѣсь не адекватно, не обычно.

етъ оконченное умышленное преступленіе [48]). Въ такихъ случаяхъ нѣтъ такой ошибки въ порядкѣ причиненія, которая исключала бы вмѣнимость результата въ умыселъ [49]), ибо дальнѣйшее развитіе причинности лежитъ въ сферѣ предвидѣнья субъекта.

IV.—1. Ошибка можетъ заключаться въ *невѣдѣньи правовой запрещенности дѣянія*. Такая ошибка, *error juris*, не должна была бы имѣть значенія съ точки зрѣнія лишь тѣхъ, кто не считаетъ знаніе такой запрещенности существеннымъ элементомъ умысла, или же вообще не останавливаетъ вниманія на вопросѣ о сущности вины и на нормативномъ моментѣ въ понятіи ея [50]). Но кромѣ этихъ криминалистовъ и многіе другіе придерживаются положенія, высказаннаго еще римскими юристами: „error juris nocet“,[51]) т. е. ошибка въ правѣ не устраняетъ отвѣтствен-

---

48) Такъ Buri, 77, Liszt, 182, пр 6 и указанные въ предыд. примѣч Bar и Hälschner видятъ во второмъ дѣйствіи эвентуальное средство; Finger даетъ такое рѣшеніе лишь для случаевъ, когда умыселъ обнималъ это средство уже при первомъ дѣяніи; Allfeld полагаетъ, что умыселъ здѣсь эвентуальный. Нѣкоторые, напр. Бернеръ, признаютъ всегда совокупность покушенія и неосторожнаго совершенія.

49) Такъ Lammasch, l c Но нельзя считать ошибку несущественной для умысла и въ другихъ случаяхъ и признавать *всегда* умышленное оконченное дѣяніе, какъ Lammasch, проф. Познышевъ, Kohler, Leitfad., § 28, на основаніи causale Aequivalenz (см выше стр. 315); Liszt, 182, прим 6, признаетъ случаи единаго умышленнаго оконченнаго деликта только болѣе частыми

50) См. выше, стр. 316, 317.

51) См. Mommsen, Römisch, Strafrecht, 92 слѣд.; приводимыя здѣсь доказательства свидѣтельствуютъ, что на error juris нельзя было ссылаться даже при нарушеніяхъ таможенныхъ законовъ, и что позже принятое средневѣковой и позднѣйшей доктриной разграниченіе ошибки въ правѣ при delicta naturalia или mala per se и delicta juris civilis, т. е. созданныхъ положительнымъ правомъ, и признаніе значенія error juris именно въ этихъ послѣднихъ случаяхъ (см. у Bar'a II, § 192, 194, въ пользу этого нѣкоторые англійскіе, французскіе и итальянскіе криминалисты, такъ Wharton, I, 96; Bishop, I § 295, 296; Vidal, № 183; Ferri см у Manzini, II, 129) не было извѣстно римскому праву, по крайней мѣрѣ, какъ общее правило. Опровергается также мнѣніе Binding'a Normen, II, § 53 что error juris въ римскомъ правѣ исключалъ умыселъ. См. Bar, II, § 191, Loffler, 93—99. Ссылаться на error juris разрѣшалось несовершеннолѣтнимъ, женщинамъ, солдатамъ и rustici.

ности. Даже тѣ ученые, которые находятъ, что для умысла необходимо знаніе противозаконности дѣянія, иногда не допускаютъ ссылки на невѣдѣнье запрещенности [51a]) и признаютъ дѣяніе умышленнымъ деликтомъ, создавая пресумпцію, не подлежащую оспариванью, praesumptio juris et de jure, что законы извѣстны всякому, живущему въ государствѣ, такъ какъ они публикуются и доходятъ до свѣдѣнья каждаго самыми разнообразными путями. Въ основѣ положенія „error juris nocet" лежитъ, съ одной стороны, опасеніе подорвать значеніе правовыхъ нормъ признаніемъ противоположнаго принципа и установить какъ-бы премію безнаказанности для тѣхъ, кто не интересуется велѣніями права, пренебрегаетъ ознакомленіемъ съ ними, съ другой стороны— убѣжденіе, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ ссылка на ошибку въ правѣ окажется простой отговоркой, такъ какъ правовыя нормы живутъ въ сознаніи населенія независимо отъ обнародованія ихъ и дѣйствительнаго ознакомленія и такъ какъ онѣ лишь санкціонируютъ тѣ запреты или велѣнія, которые встрѣчаются уже въ религіи, нравственности, нравахъ общества, познаются въ семьѣ, въ церкви, въ школѣ, при различныхъ формахъ общенія съ другими и могутъ быть неизвѣстны развѣ только невмѣняемому [52]).

Именно этими послѣдними соображеніями объясняется взглядъ многихъ изъ тѣхъ криминалистовъ [53]), которые, не находя возможнымъ лишить понятіе вины нормативнаго характера и въ то же время не желая открыть путь ложнымъ ссылкамъ на error juris [54]), довольствуются въ понятіи умыс-

51a) См. напр. Сергѣевскій, 247, Garraud, I, № 288; ср. стр. 536; Garçon, art. I, № 88, ср. № 84 и 77.

52) См. Kostlin, Syst. 161, 162 и § 113, Berner, Lehrb. 250; Bar, II, § 205 (впрочемъ съ нѣкоторой неувѣренностью § 201—204, § 206, слѣд.); Пусторослевъ, 323, Prins, № 438; (необходим. фикція); Сергѣевскій, l. c. Garraud); l. c.; Ortolan, I, № 338 Кистяковскій, § 241. Если же неизвѣстны и этическія нормы, то это, по Аристотелю, симптомъ порочности (см. у Löffler'a, Schuldformen, 99); эта идея и у Merkel'я (Merk-Lierm.), 83, 84, 104 и § 28; у Bar'a (l. c.) и Frank'a, Aufbau, 539.

53) См. выше, стр. 289, 290. Такъ и Бѣлогрицъ-Котляревскій, Учеб., 229 (незнаніе противообщественности дѣянія) О принципіальныхъ соображеніяхъ сторонниковъ этого взгляда упоминалось въ предыд. главѣ.

54) Hippel, V. D. III, 592, Halschner, I, 255, пр. 1.; Kohlrausch, Reform, I, 216

ла признакомъ— „сознаніе противорѣчія дѣянія долгу, этико-соціальнымъ нормамъ, антисоціальности, вредоносности“ и т. п., или даже только признакомъ—„возможность этого сознанія“. Устраняетъ вмѣненіе въ умыселъ тогда невѣдѣнье не правовыхъ нормъ, а одного изъ указанныхъ сейчасъ свойствъ дѣянія; въ сущности это только процессуальное правило, которое должно служить суду для отграниченія дѣйствительнаго невѣдѣнья запрещенности отъ мнимаго, отъ простой отговорки; суду какъ-бы указывается, что нельзя вѣрить обвиняемому, ссылающемуся на error juris, если запрещенность дѣянія вытекала изъ другихъ нормъ, не правовыхъ, или изъ его вреднаго значенія и т. д., и только, когда обвиняемый не имѣлъ и этого сознанія, ошибка идетъ ему на пользу. Такъ какъ невѣдѣнье практически устанавливается фактомъ невозможности узнать противорѣчіе дѣянія нормѣ, обязанности и т. п., нѣкоторые дѣлаютъ еще шагъ и устраняютъ вмѣненіе въ умыселъ, если обвиняемый не могъ пріобрѣсти этого рода свѣдѣній[55]). Такъ процессуальный моментъ вліяетъ на матеріально-правовое понятіе умысла, и возможность указаннаго выше сознанія превращается въ элементъ этого понятія: если онъ могъ узнать, есть умыселъ.

Но основанія, на которыя опирается положеніе „error juris nocet“, нельзя не признать шаткими: утвержденіе, что обнародованіе законовъ обезпечиваетъ извѣстность ихъ населенію, легко опровергается множествомъ фактовъ, свидѣтельствующихъ о противномъ: подавляющая масса правовыхъ нормъ, регулирующихъ разнообразныя отношенія, которыя возникаютъ въ сложномъ общественномъ организмѣ нашего времени, не доходитъ до свѣдѣнія всѣхъ и каждаго[56]) и ставитъ въ затрудненіе даже юристовъ; отъ ошибокъ

---

55) Такъ Merkel, M. Mayer, см. выше, стр. 293, прим. 71. При невозможности этого устраняютъ вмѣненіе въ вину и многіе другіе криминалисты, въ видѣ исключенія изъ правила „error juris nocet“. (Кистяковскій, § 242; Garraud, I, 558, приводящіи такое же мнѣніе Haus'a, Lainé; Manzini, 127, 130; Garçon, art. 1, № 88, (оба послѣдніе видятъ здѣсь force majeure, сходно Пусторослевъ, 343), Alimena, Princip. I, 456.

56) Это признаютъ и Prins, № 438, Ortolan, l. c., Garraud, l. c.,

въ правѣ не застрахованы и судьи, что подтверждается всякой отмѣной рѣшенія низшей инстанціи высшею, по неправильному примѣненію закона; по остроумному замѣчанію одного судьи, только члены суда могли бы безнаказанно впадать въ error juris, если бы для остального населенія ссылка на такую ошибку была недопустимой [57]). Запретовъ и велѣній, которые представляются общими для права и для другихъ соціальныхъ нормъ, сравнительно немного, а большинство императивовъ можетъ быть познаваемо только изъ закона. Не говоря уже о массѣ мелкихъ деликтовъ: наказуемыхъ нарушеній различнаго рода уставовъ, обязательныхъ постановленій и т. п.[58]), бываютъ болѣе важные деликты, въ которыхъ вредоносность, антисоціальность, антиморальность дѣянія не выступаетъ съ достаточной опредѣленностью или вообще, или въ обстановкѣ даннаго конкретнаго случая. Изъ какихъ другихъ нормъ, кромѣ правовыхъ или даже уголовно-правовыхъ, явствуетъ, что нельзя стрѣлять въ догонку убѣгающему вору, или задерживать вещи не уплатившаго постояльца [59]), или подарить дочери на имянины свой рояль, когда послѣдовало опредѣленіе суда о наложеніи ареста на это имущество (ст. 1700[1] Ул. о нак.) въ обезпеченіе иска, въ полной неосновательности котораго увѣренъ дарителъ-отецъ, располагающій неопровержимыми доказательствами противъ этого иска? Это несовпаденіе противоправности съ антисоціальностью и т. п., уже не разъ здѣсь отмѣченное, дѣлаетъ непріемлемымъ,

---

Manzini, II, 126, но хотятъ устранить это возраженіе указаніемъ, что вина заключается въ неознакомленіи съ нормами, при возможности къ тому, т. е въ сущности для наказанія за умышленное дѣяніе довольствуются неосторожностью въ отношеніи момента противоправности. Ср. выше, стр 293, и ниже, въ настоящ. главѣ.

57) См. у Hippel'я въ M Crim psych. X, H. 2 (1913), 92.

58) Исключеніе въ этомъ отношеніи готовы допустить Köstlin, Syst., § 113; Кистяковскій § 242; Prins, № 439; Vidal, № 183, различая delicta juris naturalis и juris civilis; см. также Wharton, Bishop, Ferri, выше прим. 51; противъ разграниченія большинство (см. выше, стр. 160 и Manzini по этому поводу, l. c.).

59) Эти дѣянія, наказуемыя у насъ, ненаказуемы и даже не противоправны, напр., въ Германіи.

несмотря на кажущееся практическое преимущество и другое приведенное только что мнѣніе, смягчающее принципъ „error juris nocet“: нерѣдко ссылка на невѣдѣнье запрещенности дѣянія другими нормами или вредоносности его должна вызвать довѣріе, такъ какъ дѣяніе дѣйствительно не имѣетъ этихъ свойствъ, напр. задержаніе вещей, дареніе въ указанныхъ выше случаяхъ; такимъ образомъ эти деликты не могли бы быть вмѣнены въ умыселъ совершившему ихъ, хотя бы онъ зналъ о запрещенности ихъ именно правомъ и хотя бы это легко было установить. Этотъ дефектъ теоріи сознается иногда ея сторонниками, которые поэтому требуютъ для умысла или сознанія вредоносности, противорѣчія долгу и т. п., или сознанія противоправности; одного изъ двухъ достаточно[60]); при такомъ дополненіи, въ приведенныхъ примѣрахъ остается возможность отвѣтственности за умышленный деликтъ, зналъ ли обвиняемый, что его дѣяніе аморально, причиняетъ вредъ и т. п., или не зналъ: ссылка на это невѣдѣнье безразлична, лишь бы онъ сознавалъ противоправность; только если не было и этого сознанія, нѣтъ умысла. Вопросъ сводится тогда къ ошибкѣ въ правѣ, за которой признается значеніе обстоятельства, исключающаго умыселъ, а запрещенность или незапрещенность этико-соціальными нормами оказывается не болѣе, чѣмъ однимъ изъ доказательствъ отсутствія или наличности error juris. Но оцѣнка доказательствъ должна быть предоставлена суду, который и безъ указанія этого сомнительнаго признака умысла, обратитъ, конечно, вниманіе на возможность для обвиняемаго знать запрещенность убійства, подлога, кражи, изнасилованья помимо спеціальнаго знакомства со статьями уголовнаго кодекса и отвергнетъ error juris; но установленію въ процессѣ подлежитъ именно error juris, такъ какъ *эта* ошибка не позволяетъ признать наличность умысла[61]).

Это положеніе объ исключающемъ вмѣненіе въ умыселъ значеніи ошибки относительно запрещенности дѣянія правомъ должно быть распространено и на невѣдѣнье объема исключеній изъ

---

60) Kohlrausch, Hippel, Kriegsmann, l c. (выше 292, пр. 65).

61) Janka-Kallina, 99, 100; Finger, I, 239, слѣд.

правового запрета[62]), т. е. на случаи, въ которыхъ субъектъ полагалъ, что данныя обстоятельства устраняютъ противоправность дѣянія: напр., онъ полагалъ, что выстрѣлъ въ догонку убѣгающему вору оправдывается обороной, или, что дозволено ускорить смерть тяжко страдающаго больного по его просьбѣ, тогда какъ наше Ул. о нак. караетъ такія дѣянія (см. ниже).

Напротивъ, такъ какъ правильная субсумція не относится къ элементамъ умысла, этого рода ошибка его не устраняетъ[63]).

Нельзя признать правильнымъ принимаемое нѣкоторыми криминалистами, а также итальянскимъ кодексомъ[64]) и германской практикой, разграниченіе ошибки въ правѣ уголовномъ и неуголовномъ, напр. гражданскомъ, административномъ, каноническомъ, или же разграниченіе, не вполнѣ, совпадающее съ первымъ,—между невѣдѣньемъ запрещенности дѣянія и невѣдѣньемъ одного изъ признаковъ состава деликта, при чемъ первое *или* error juris criminalis не

---

62) Meyer-Allfeld, 144, 145; Beling, Grundzuge, 57. См. также ниже, примѣч. 72. Contra не придающіе значенія вообще ошибкѣ въ правѣ, напр. Liszt, 185, Frank, 140; Bar, II, 416; ср. § 218

63) См. выше, стр. 294, 295: Значеніе неправильной субсумціи придаетъ Liszt, 179, 180, въ итогѣ выдвигающій для умысла такое требованіе, которое идетъ гораздо дальше требованія сознанія противоправности дѣянія: случаи ошибки въ отношеніи субсумціи возможны особенно часто, и умышленное совершеніе преступленія было бы рѣдкимъ явленіемъ. Въ дѣйствительности ошибка въ субсумціи не есть особый видъ ошибки, а сведется или къ невѣдѣнью подводимыхъ подъ диспозицію закона фактовъ, или же къ неправильному представленію объ этой диспозиціи, т. е. къ невѣдѣнью опредѣленнаго закона. Листъ впадаетъ въ самопротиворѣчіе. См. Rosenfeld въ Z 32 т., 487—490. Противъ ошибки въ субсумціи Bar, II, § 216; Beling, Verbr., 189, 190; Merkel-Liepm. § 28—2. Отчасти придаетъ значеніе ошибкѣ въ субсумціи Frank, 137, см. ниже.

64) § 44: „незнаніе уголовнаго закона не извиняетъ". Въ пользу этого разграниченія Alimena, Princ, I, 464, 465; Пусторословъ, 345; германск. Reichsgericht, германскій V. E; напротивъ, проектъ комиссіи рейхстага отказался отъ этого разграниченія, подъ вліяніемъ единодушныхъ возраженій криминалистовъ. См. Hippel, Mon. Crim. psych., X, 90. Согласно австр. прав. проекту (§ 9), „невѣдѣнье уголовнаго закона не исключаетъ виновности субъекта дѣянія."

оказываетъ вліянія на отвѣтственность, а error juris non criminalis или же, согласно второй точкѣ зрѣнія, незнаніе признака состава, хотя бы оно вытекало изъ ошибки въ правѣ и даже въ уголовномъ правѣ, исключаетъ умыселъ. Такимъ образомъ не имѣетъ значенія ссылка обвиняемаго на то, что ему не былъ извѣстенъ запретъ вступать во второй бракъ при дѣйствительности перваго, или запретъ передачи въ уплату изъятой изъ обращенія монеты, но, если обвиняемый ошибочно считаетъ первый бракъ недѣйствительнымъ[65]), монету не изъятой изъ обращенія, по незнанію нормъ каноническаго или гражданскаго права или того распоряженія власти, которое отмѣнило обращеніе монеты, или, если онъ считалъ вещь своею, вслѣдствіе неправильнаго представленія о своихъ правахъ на эту вещь, то такая ошибка признается равнозначащей ошибкѣ въ фактѣ, т. е. устраняющей умыселъ на томъ основаніи, что послѣдній долженъ обнимать всѣ признаки состава, а, почему субъектъ не зналъ признака, безразлично: напр., перепуталъ ли онъ чужую вещь со своею, или же думалъ, что она ему завѣщана, тогда какъ завѣщаніе было недѣйствительно, все равно взятіе вещи не составляетъ кражи[66]). Согласно одно-

65) Такіе случаи были въ нашей практикѣ: раскольникъ, перейдя въ православіе, вступилъ во второй бракъ и ссылался на недѣйствительность перваго, совершеннаго по раскольничьему обряду и неправильно зарегистрованнаго, тогда какъ регистрація была на самомъ дѣлѣ правильная Сенатъ призналъ ссылку на это (error juris civilis) не имѣющей значенія (рѣш. 1900 г № 3). Не видно впрочемъ изъ рѣшенія, подтвердилась ли ошибка обвиняемаго. Совершенно опредѣленно отвергнуто значеніе error juris civilis въ рѣш. 1871 г. № 1552 и 1887 № 13. Meyer-Allfeld видитъ въ такихъ случаяхъ ошибку въ субсумціи, которая исключаетъ умыселъ, если субъектъ въ виду этого не зналъ признака состава: Сходно Finger, I, 246.

66) Такъ Frank въ прежн. издан. комментар., къ § 59. Manzini, II, 138, 139. Пусторослевъ, 345. Ср. Allfeld, предыдущ. пр. Löffler, Schuldform. 94, приписываетъ такой же взглядъ римскому праву. Этотъ взглядъ нѣкоторые германскіе криминалисты считаютъ примѣнимымъ и de lege lata, въ силу § 59 St G. B., говорящаго о невмѣненіи принадлежащихъ къ законному составу или возвышающихъ наказуемость обстоятельствъ, которыхъ не зналъ совершающій дѣяніе. При этомъ иногда отвергается возможность разграниченія error facti и error juris (такъ особенно Finger, I, § 45—III-IV, § 46, Binding, Grundr., 107, слѣд., отчасти Allfeld, l. c, 144 пр. 13, но различіе заключается въ томъ, что ошибка

му рѣшенію райхсгерихта, нѣтъ укрывательства преступника въ томъ случаѣ, когда давшій ему у себя убѣжище, не зналъ, что совершенное первымъ дѣяніе составляетъ преступленіе, т. е, когда ошибка относилась къ уголовному праву, но обусловливала невѣдѣнье признака состава укрывательства [67]). Необоснованность указанныхъ разграниченій признана большинствомъ криминалистовъ: въ самомъ дѣлѣ, почему когда А. совершаетъ убійство по просьбѣ и съ согласія тяжко больного, полагая, что это не запрещено, его ошибка не имѣетъ значенія, но пріобрѣтаетъ его, когда А даетъ у себя ночлегъ В., зная, что В. совершилъ это дѣяніе, но опять-таки не считая послѣднее преступнымъ? Какое различіе далѣе между error juris criminalis и non criminalis для вопроса о наличности вины? Гдѣ основаніе отвергать преступный умыселъ при невѣдѣньи отдѣльнаго элемента преступленія, и признавать при невѣдѣньи того, что весь данный комплексъ обстоятельствъ запрещенъ правомъ? Настроеніе лица, совершившаго дѣяніе, во всѣхъ этихъ случаяхъ одинаково непреступно. Повидимому, и при разграниченіи error juris criminalis и error juris civilis, canonici и т. д сыгралъ роль процессуальный моментъ: при сложности постановленій гражданскаго права, при извѣстномъ формализмѣ его или нормъ процессуальнаго права, ссылка на невѣдѣнье ихъ должна скорѣе встрѣтить довѣріе суда, чѣмъ ссылка, напр., на незнаніе запрещенности кражи, многоженства и т. п. Но независимо отъ того, что возможны и противоположные случаи и что установленіе пресумцій виновности недопустимо, само отнесеніе ошибки къ одной изъ разграничиваемыхъ категорій вызываетъ серьезныя затрудненія и часто опирается на случайныя основанія: такъ, когда понятіе встрѣчается въ уголовномъ кодексѣ и въ гражданскомъ, напр.: понятіе дозволеннаго самовольнаго

въ правѣ относится не къ наличности фактовъ, а къ оцѣнкѣ ихъ правового значенія: См. противъ отождествленія Bar, II, 418, Познышевъ, 299, пр. 2, Frank, 136, о незначительности различія—Таганцевъ I, 586. Противъ распространенія § 59-го и на error juris Beling, Verbr., 186—191; Frank, 138.

67) Ср. Bar, II, 419.

осуществленія своего права, крайней необходимости, документа, и ближайшее опредѣленіе или совсѣмъ отсутствуетъ (напр., понятія „документъ"), или же дается въ одномъ изъ кодексовъ: въ первомъ случаѣ невѣдѣнье этого понятія можно было бы признавать error какъ juris criminalis, такъ и non criminalis, во второмъ – отнесеніе его къ той или другой категоріи зависѣло бы отъ расположенія матеріала въ данномъ законодательствѣ, что далеко не всегда соотвѣтствуетъ истинной природѣ обозначаемаго даннымъ терминомъ правового понятія [68]). Можно даже утверждать, что, въ виду дополнительнаго значенія уголовнаго права, дающаго только усиленную защиту другимъ правовымъ нормамъ карательной санкціей, всѣ правовыя понятія и правоотношенія принадлежатъ не къ уголовному праву [69]), и что неправильное представленіе о нихъ всегда есть error juris non criminalis даже, когда понятіе или отношеніе ближе опредѣляется случайно именно въ уголовномъ законѣ. Единственное уголовно-правовое отношеніе это отношеніе между государствомъ и преступникомъ, вытекающее изъ преступнаго дѣянія, и дающее основанное на законѣ право наказанія, и error juris criminalis составляетъ только невѣдѣнье *наказуемости* дѣянія, что, по общему мнѣнію, не играетъ роли при вмѣненіи въ вину.

Иногда проводятся другія разграниченія существенной и несущественной для умысла ошибки въ правѣ Отвергая ея значеніе вообще, готовы допустить изъятія отсюда въ зависимости отъ природы отдѣльныхъ деликтовъ [70]), или же въ зависимости отъ того, было ли у субъекта ошибочное общее представленіе о дозволенности такихъ дѣяній или же оно относилось къ опредѣленному конкретному правоотношенію [71]) и субъектъ полагалъ, что въ данномъ случаѣ есть

68) Frank, 136; Kohlrausch, Irrtum, § 12, слѣд, Hippel, V, D III. 550, слѣд, Finger, I, 239; Binding, въ GS. 81 т (1913), 32, слѣд. Райхсгерихтъ выносилъ въ сходныхъ и тождественныхъ случаяхъ ошибки въ правѣ противоположныя рѣшенія, считая одинъ разъ error juris criminalis то, что въ другой разъ признавалъ error juris non criminalis. См. подробную критику рѣшеній у Kohlrausch'a, Irrtum.

69) Liszt, 181, Beling, Unschuld, 67, 68; Frank, 136, Begründ. къ GE., 34

70) Такъ Kohler, Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, 1904, впадая въ казуистику

71) Такъ Bar, II, § 206, съ мотивировкой, въ которой сказывается взглядъ на значеніе соціальныхъ и этическихъ нормъ для знанія

исключеніе изъ запрета [72]), или же придается значеніе тому, что въ особомъ составѣ, т. е среди признаковъ даннаго деликта, законъ спеціально упомянулъ о противоправности или о противоправномъ намѣреньи [73]). Общее начало желаетъ установить Франкъ [74]), приводя примѣры, въ которыхъ въ составѣ деликта упомянуто о противоправности. „Къ умыслу, говоритъ Франкъ, принадлежитъ сознаніе, что дѣяніе направлено на тотъ интересъ (правовое благо) или противъ той спеціальной обязанности, противъ которыхъ они должны быть направлены, согласно объективному составу". Поэтому, если субъектъ не знаетъ, что его дѣяніе направлено противъ чужого субъективнаго права или правового положенія, нѣтъ умысла, напр. если не знаетъ чужого права собственности, нѣтъ кражи, не знаетъ о существованіи перваго брака, нѣтъ двоеженства, будетъ ли ошибка фактическая или юридическая, точно такъ же нѣтъ самовольнаго распоряженія имуществомъ, арестованнымъ компетентной властью, если субъектъ не знаетъ о компетентности власти. сдѣлавшей это распоряженіе Въ сущности Франкъ только иначе формулируетъ и прежде защищавшееся имъ различіе ошибки относительно запрещенности и относительно отдѣльнаго признака состава. При соблюденіи указаннаго общаго начала, Франкъ считаетъ существенной и ошибку въ субсумціи, различая незнаніе конститутивныхъ признаковъ употребленнаго закономъ правового понятія (напр., зависимости игры отъ случая, назначенія поддѣланной бумаги для оборота) и незнаніе, что изъ ихъ соединенія об-

---

права (см. выше): «незнаніе единичнаго, индивидуальнаго (въ отличіе отъ общихъ правилъ человѣческаго поведенія), говоритъ Баръ, не есть основной порокъ характера» Въ дальнѣйшемъ изложеніи Баръ впадаетъ въ казуистику, при проведеніи этого принципа, и устанавливаетъ рядъ неуловимыхъ различій, при чемъ снова играетъ роль ошибка въ правѣ неуголовномъ, хотя это и не высказывается expressis verbis. Практика райхсгерихта отчасти встрѣчаетъ сочувствіе Бара (§ 210) См. еще его предложеніе de lege ferenda (431). Contra Hippel, V D., III, 558.

72) См Begrund. къ G E, 33 и § 23 G.E. „если субъектъ считалъ себя управомоченнымъ на дѣяніе, то нѣтъ умысла, а неосторожность есть лишь тогда, если ошибка основана на неосторожности". Швейц. V. E. § 21· «кто совершитъ преступленіе, полагая, что онъ имѣетъ право на дѣяніе, можетъ быть наказанъ мягче". Такъ и Kohler (Leitfad. § 26—II, 6): исключаетъ умыселъ убѣжденіе субъекта, что у него есть право, устраняющее противоправность (Gegenrecht), напр. право обороны, но не имѣютъ значенія такія представленія о такомъ правѣ, которыя противорѣчатъ нашему культурному строю, напр., что можно требовать уплаты долга силою.

73) Такъ Merkel-Liepm, 106, и Reichsgericht (см у Frank'a, 140, тамъ и друг. указ.).

74) Frank, 137.

разуется это понятіе (Zusammenfassung zum Begriff), напр., что именно поэтому игра азартная, бумага—документъ въ смыслѣ закона, первое незнаніе исключаетъ умыселъ, послѣднее не исключаетъ. Но первое невѣдѣнье есть error facti, а второе error juris, и въ особомъ упоминаніи объ ошибкѣ въ субсумціи нѣтъ надобности.

4. *До настоящаго времени положительное право всюду, въ частности у насъ* [75]), *придерживается начала*: „*ошибка въ правѣ не имѣетъ значенія*“, при томъ, за исключеніемъ Италіи и Германіи, независимо отъ того, къ какой области права, уголовнаго или не уголовнаго, она относится. Исключеніе допущено во Франціи для полицейскихъ нарушеній: если со дня обнародованія нормы до совершенія деликта прошло не болѣе трехъ дней, разрѣшается ссылка на невѣдѣнье ея. Только *Норвежское* уложеніе (§ 57) при ошибкѣ въ правѣ *предоставляетъ суду смягчить наказаніе или оправдать обвиняемаго; смягченіе предоставляетъ суду и японское улож*

Большинство криминалистовъ, признающихъ, что error juris исключаетъ умыселъ, допускаетъ вмѣненіе дѣянія въ *неосторожность*, если возможно совершеніе даннаго деликта по неосторожности, при томъ условіи, что субъектъ могъ пріобрѣсти свѣдѣнія о запрещенности дѣянія, что ошибка его неизвинительна. На практикѣ однако изъ того, что субъектъ могъ знать, будетъ сдѣланъ выводъ, что его ссылка на невѣдѣнье простая отговорка, и будетъ признанъ умыселъ: возможность знанія пріобрѣтаетъ значеніе дѣйствительнаго знанія, которое, за рѣдкими исключеніями, не можетъ быть прямо установлено, какъ и констатированье ошибки въ правѣ сведется къ доказательству невозможности пріобрѣсти знаніе запрещенности: отвергнувъ невозможность придется отвергнуть и все возраженіе обвиняемаго[76]). Неосторожность, *culpa juris*, встрѣтится развѣ только при неизвинительной ошибкѣ относительно исключеній изъ нормы.

---

75) У насъ это положеніе опирается на ст. 95 Основн. Закон.: „никто не можетъ отговариваться невѣдѣньемъ закона“.

76) См. выше, стр. 328.

Гиппель[77]) предлагаетъ при возможности знанія запрещенности назначать наказаніе смягченное сравнительно съ случаями, когда субъектъ дѣйствительно зналъ, при томъ при всякомъ деликтѣ, независимо отъ наказуемости его при неосторожности, а при отсутствіи и возможности такого знанія—оправданіе.

---

77) Hippel въ M. Crim psych X, 93-97.

ГЛАВА XI.

Формы проявленія вины (продолженіе). Неосторожность.

I. Историческія данныя. II. Неосторожныя преступныя дѣянія въ современномъ положительномъ правѣ и въ господствующей теоріи 1. объемъ наказуемой неосторожности: 2. luxuria и negligentia, отграниченіе ея отъ случая, 3. субъективный масштабъ и моментъ вины при неосторожности, 4. значеніе объективнаго масштаба. III. Неудовлетворительность господствующей теоріи въ рѣшеніи вопроса о моментѣ вины при negligentia и рѣшенія, предлагаемыя другими теоріями 1. теоріи, старающіяся установить связь результата неосторожнаго дѣянія съ сознаніемъ субъекта, и теоріи, ограничивающіяся нормативнымъ моментомъ, 2 теоріи, конструирующія неосторожность, какъ умыселъ поставленія въ опасность, 3. другія различныя попытки найти вину при negligentia, 4. неосторожность, какъ интеллектуальный дефектъ, связь этой теоріи съ примѣненіемъ объективнаго масштаба, 5. неосторожность, какъ вина характера и какъ опасное состояніе. IV. Наказуемость неосторожности de lege ferenda.

Литература особенно обогатилась изслѣдованіями о неосторожности въ послѣднее время, см. особенно *Exner.* Das Wesen der Fahrlässigkeit. 1910. *A. Köhler.* Probleme der Farlässigkeit. 1912. *Hold von Ferneck.* Die Idee der Schuld. 1911. *W. Mittermaier* въ Z. 32 т., *Graf zu Dohna, M. Mayer, Tesař* ibid., *Kohlrausch* въ Reform, I, *Bar,* II. *Angiolini.* Dei delitti colposi 1901. *Sauvard.* Le délit d'imprudence. 1899. *Tosti.* La colpa penale. 1907. *Stoppato.* L'evento punibile. *Goldschmidt.* Notstand als Schuldproblem. 1913 (оттискъ изъ Oest. Z. 1913 г.); см. далѣе литерат., указан. въ примѣчаніяхъ, указанія на старую литерат. въ работахъ Exner'a и Kohler'a, у Таганцева и Binding'a (Normen, II).

Согласно общепринятому мнѣнію, неосторожность представляетъ собою вторую форму проявленія вины, второй видъ, вторую ступень ея.

I. Понятіе неосторожности появляется въ уголовномъ правѣ сравнительно поздно [1]). Древнѣйшее право первоначально довольствуется для отвѣтственности наличностью объективнаго вреда, затѣмъ познается различіе между сознательнымъ и намѣреннымъ причиненіемъ вреда и случайнымъ, противополагаются dolus и casus, и только значительно позже обращаютъ на себя вниманіе случаи, въ которыхъ нѣтъ элементовъ умысла, какъ желаніе или сознаніе, но которые въ то же время нуждаются въ репрессіи. Понятіе неосторожности—luxuria, culpa lata, lascivia, imprudentia, negligentia, развивается сначала въ гражданскомъ правѣ Рима и только въ императорскомъ періодѣ получаетъ нѣкоторое примѣненіе и въ области уголовнаго [2]). Повидимому, римлянамъ были извѣстны и сознательная неосторожность, вытекавшая изъ легкомыслія или шалости—luxuria, culpa dolo proxima, и безсознательная, negligentia, именно грубая небрежность Сущность ея усматривалась въ „non intellegere, quod omnes intellegunt“ (Ульпіанъ). Древне-германскіе источники не даютъ матеріала, относящагося къ неосторожности Нѣкоторыя указанія на нее встрѣчаются въ lex Visigothorum, подъ вліяніемъ римскаго права. Каноническое право упоминаетъ объ убійствѣ по неосторожности Понятію послѣдней удѣляютъ вниманіе глоссаторы и постглоссаторы, и уже Baldus старается найти элементъ вины въ небрежности [3]) и рѣшаетъ вопросъ въ духѣ

---

1) Фельдштейнъ, op. c., 71, слѣд., 449, 450, 457; Bar, II, §§ 228, 229 и особенно Beschutz, op. c.; относит. римскаго права Mommsen Rom. Strafr 88—90; Binding, Normen, II, 338 слѣд. и противъ него Löffler, 99.

2) Это, впрочемъ, спорно. Нѣкоторые полагаютъ, что отдѣльные случаи неосторожныхъ преступленій были извѣстны уже XII таблицамъ. См возраженія у проф. Фельдштейна (464, слѣд.) и Beschütz'a (65. 66); оба отрицаютъ неосторожность въ римскомъ уголовномъ правѣ и императорскаго періода. Источники упоминаютъ однако объ отдѣльныхъ случаяхъ, которые, съ современной точки зрѣнія, представляютъ собою неосторожное причиненіе смерти по небрежности (дровосѣкъ, сбрасывая вѣтвь, не предупредилъ прохожаго и лишилъ его жизни—l. 7 D. ad Leg. Cornel. de Sic. 48,8), или по легкомыслію, изъ удальства (l. 4. § 1. D. ad. leg. Cornel. de sic 48,8 и Collat. leg. Mos. et Rom. I, 11), далѣе о причиненіи пожара по грубой неосторожности, близкой къ luxuria или къ dolus, говоритъ Марціанъ (l. 11. D. de incend. 47,9), какъ о случаѣ, гдѣ не должно быть дано снисхожденія. Въ пользу существованія неосторожности въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ Bar, II, 436.

3) См. у Beschutz, 104, 110, 112. Baldus называетъ culpa „imprudens voluntas“. Engelmann, op. c., 193 и Bar, II, 439. прим. 313a, полагаютъ, что Baldus не только усматривалъ въ culpa вину воли, но сущность этой вины находилъ въ непримѣненіи наличной способности познанія. Но Baldus говоритъ: «culpa pertinet ad effectum cognitionis», и въ этихъ словахъ Beschütz видитъ указаніе на дефектъ знанія.

нынѣ господствующей теоріи. Отдѣльные неосторожные деликты знаетъ Каролина, напр., причиненіе смерти неправильнымъ леченіемъ или недосмотръ за опаснымъ животнымъ.

Только въ концѣ XVIII в. вопросъ о сущности и наказуемости неосторожности вызываетъ болѣе живой интересъ въ наукѣ, именно среди нѣмецкихъ криминалистовъ Однако законодательства и въ первой половинѣ XIX вѣка упоминаютъ о неосторожности только въ особенной части, при нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступленіяхъ, не давая болѣе близкаго опредѣленія ея признаковъ[4]). Послѣднее относится и къ кодексамъ позднѣйшаго времени, хотя во второй половинѣ XIX вѣка основные вопросы ученія о неосторожности получаютъ въ наукѣ почти единодушное рѣшеніе.

II. Общія черты принимаемаго господствующей теоріей и новѣйшими законодательствами и проектами ученія о неосторожныхъ деликтахъ сводятся къ слѣдующему:

1. Неосторожность разсматривается, какъ низшая сравнительно съ умысломъ форма вины, вызывающая репрессію гораздо болѣе слабую[5]) и только въ случаяхъ, особо предусмотрѣнныхъ закономъ[6]); исключеніе составляетъ только менѣе важная категорія деликтовъ—нарушенія въ технич. смыслѣ[7]), проступки по терминологіи нашего Угол. Улож., при которыхъ признается достаточной наличность неосторожности для уголовной отвѣтственности и нюансы вины не дифференцируются. Напротивъ, наказуемость умышлен-

---

4) Опредѣленіе содержится въ нашемъ Угол. Улож., ст. 48 (см. выше, стр. 286) и въ новѣйшихъ проектахъ швейцарскомъ, австр. и германскомъ и, крайне неудачное, въ Норвеж. улож.

5) обыкновенно тюрьму, арестъ, денежную пеню; неосторожное лишеніе жизни влечетъ по 1466 ст. Ул. о нак. заключеніе въ тюрьмѣ на время отъ 2 до 4 мѣс., по 319 ст. С. pén (франц.)—отъ 3 мѣс. до 2 лѣтъ и штрафъ, по § 222 герм. улож.—до 3 и даже до 5 лѣтъ. По Угол. Ул 22 марта 1903 г., неосторожное дѣяніе никогда не можетъ быть тяжкимъ преступленіемъ (см. выше стр 168).

6) Испанское законодательство признаетъ неосторожность принципіально наказуемой при всѣхъ преступленіяхъ (delitos) въ отличіе отъ нарушенія. См. Hippel, V. D., III, 446

7) Австрійскій предв. проектъ требуетъ для наказанія за неосторожность особаго упоминанія закона и при нарушеніяхъ, въ пользу этого Hippel, Z., 31 т., 593-594, Beling, Unschuld, 85, такъ и Норвежск. кодексъ (Bittl, 96), сохраняющій положеніе, указанное въ текстѣ, только для нарушеній, состоящихъ въ неисполненіи обязанности, для delicta omissionis этой категоріи.

ныхъ деликтовъ не даетъ права распространять постановленія о нихъ на случаи совершенія тѣхъ же деликтовъ по неосторожности; такое совершеніе наказуемо только на основаніи спеціальныхъ статей особенной части кодекса. Эта мысль выражена и въ нашемъ правѣ въ ст. 48 Угол Улож. и въ ст. 110 Улож. о нак., изъ которой вытекаетъ, что наказаніе за преступленіе, учиненное по неосторожности („безъ намѣренія"), должно быть опредѣлено въ законѣ [8]). Не составляетъ исключенія изъ этого принципа постановленіе 9 й ст Уст. о нак., изъ котораго Сенатъ въ своихъ раннихъ рѣшеніяхъ дѣлалъ выводъ, что мировымъ судьямъ предоставляется опредѣлять выговоръ, замѣчаніе или внушеніе за любой изъ предусмотрѣнныхъ въ Уст. о нак. проступковъ, хотя бы онъ былъ совершенъ безъ умысла, а по неосторожности, напр. за присвоеніе; между тѣмъ ст. 9 говоритъ о „проступкахъ", совершенныхъ безъ намѣренья, а проступкомъ признается дѣяніе, предусмотрѣнное закономъ подъ страхомъ наказанія. Къ тому же ст. 9 въ ея первой части имѣла смыслъ при сохраненіи за выговоромъ и т. д. значенія лишь воспитательной мѣры; съ оставленіемъ этой мысли, имѣвшейся въ проектѣ, эта часть 9-й ст. внесена въ Уставъ о нак. только по редакціонному недосмотру [9]).

Другая черта—зависимость наказанія и его размѣровъ отъ наступленія вреднаго послѣдствія и важности этого вреда [10]): безрезультатное неосторожное дѣяніе не наказуемо

---

8) слова ст. 110-й Ул. о нак: строгость опредѣленнаго въ законѣ наказанія за преступленіе, учиненное безъ намѣренья, увеличивается... Согласно 48 ст. Уг. Ул, тяжкія преступленія наказываются лишь при наличности вины умышленной, такъ и преступленія, но послѣднія наказываются и при наличности вины неосторожной, только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ; *проступки наказываются при наличности вины не только умышленной, но и неосторожной, за исключеніемъ случаевъ, особо закономъ указанныхъ.*

9) Таганцевъ, 622.

10) Но неосторожность можетъ относиться не только къ причинности дѣянія, но и къ другимъ признакамъ состава, если, напр., субъектъ сознаетъ, что стрѣляетъ, но, вслѣдствіе неизвинительной ошибки, принимаетъ на охотѣ человѣка за звѣря. О возможности неосторожности въ отношеніи незнанія противоправности дѣянія, см. выше, стр 381.

или же наказуемо иногда, какъ delictum sui generis, какъ полицейское нарушеніе, напр.: чрезмѣрно быстрая ѣзда по городскимъ улицамъ. Чѣмъ значительнѣе вредъ съ точки зрѣнія законодателя, тѣмъ наказаніе строже.

Многія преступныя дѣянія предполагаютъ умыселъ, наказуемы только при наличности послѣдняго; неосторожное ихъ совершеніе непреступно или логически немыслимо: таковы кража, мошенничество, растрата-присвоеніе, изнасилованье, бунтъ, измѣна и т. п. Количество неосторожныхъ преступныхъ дѣяній весьма ограничено [11]).

Напротивъ, не имѣетъ значенія для наказуемости, вопреки воззрѣнію старой доктрины, было ли дѣяніе, вызвавшее запрещенный результатъ, само по себѣ недозволеннымъ. Этотъ моментъ играетъ еще роль въ Улож. о нак., вліяя на увеличеніе наказанія [12]). Не принято нынѣ и подраздѣленіе неосторожности на грубую, culpa lata, и легкую, culpa levis, или граничащую со случаемъ - culpa levissima [13]); хотя эти нюансы могутъ оказать вліяніе на выборъ мѣры наказанія судомъ въ предѣлахъ указанныхъ въ законѣ maximum'а и minimum'а, но законодательства особо этого не оговариваютъ. Впрочемъ, culpa levis указывается Улож. о нак., какъ смягчающее обстоятельство, на которое долженъ обра-

---

11) Въ пользу расширенія этой области, напр, за наказуемость двоеженства по неосторожности, высказывается H. Meyer, см. по этому вопросу Kohler, § 12, и здѣсь, ниже.

12) См ст. 110 и особенно ст. 1466 и 1468. Увеличеніе наказанія предписывается Улож. о нак. (110 ст.) и въ случаѣ, если учинившій неосторожное дѣяніе по званію своему или обстоятельствамъ былъ обязанъ дѣйствовать съ особенной осмотрительностью Ср. впрочемъ, ст. 870, ч. 2. Усиленіе отвѣтственности за неосторожное причиненіе вреда для лицъ, особо обязанныхъ ко вниманію, въ силу должности, званія или профессіи, принято и германскимъ уложеніемъ (см. § 222).

13) Это подраздѣленіе и нынѣ поддерживаетъ Garraud, I, № 282 (недостатокъ предусмотрительности, обычно свойственной людямъ, или несоблюденіе предписаній закона—culpa lata, недостатокъ предусмотрительности, свойственной предусмотрительному человѣку—culpa levis; недостатокъ предосторожности, не чуждый, можетъ быть, и особенно предусмотрительному человѣку—culpa levissima). Подраздѣленіе принято и англійской практикой, Whaiton, I, § 125 (легкость предвидѣнья имѣетъ значеніе для доказательства неосторожности, culpa levis недостатокъ предусмотрительности, которой можно требовать отъ спеціалиста).

тить вниманіе судъ; такое же значеніе придается мотиву неосторожнаго поведенія („когда подсудимый увлекался излишнею въ исполненіи возложенныхъ на него обязанностей ревностью", ст. 110).

2. Что касается опредѣленія неосторожности, то современныя законодательства и судебная практика тамъ, гдѣ законодательства не даютъ этого опредѣленія, считаютъ признакомъ неосторожности возможность предвидѣнья запрещеннаго результата. Этимъ собственно намѣчается граница между тѣмъ видомъ неосторожности, который носитъ названіе небрежности[14]), и случаемъ; отличіе отъ послѣдняго другого вида ея—luxuria, самонадѣянности, легкомыслія—не вызываетъ затрудненій: при luxuria у дѣйствующаго субъекта есть предвидѣнье результата[15]), т. е. представленіе о его возможности[16]); при negligentia — нѣтъ. Затрудненіе, какъ уже указывалось, возникаетъ при отграниченіи luxuria отъ dolus eventualis.

Иногда luxuria признается болѣе тяжкимъ видомъ неосторожности[17]).

---

14) безпечности, несознаваемой неосторож., Таганцевъ, 623.

15) Иначе, какъ было указано (стр. 276), теорія представленія, опредѣляющая неосторожность, какъ непредвидѣнье результата или незнаніе признаковъ состава, при возможности предвидѣнья или знанія (Liszt, 187, 188).

16) Субъектъ не предвидитъ лишь in concreto, т. е представляетъ себѣ возможность вообще, но полагаетъ, что результатъ не наступитъ, что онъ будетъ предотвращенъ, не требуется расчетъ на предотвращеніе *собственной* дѣятельностью, поэтому опредѣленіе luxuria, какъ *самонадѣянности*, неточно (Пусторослевъ, 334; Познышевъ 298).

17) Такъ, напр., Beling. Unschuld, 56—58 (онъ также за бо́льшую наказуемость Rechtsfahrlassigkeit), Garçon, art 319, № 17 (faute grave, proche du dol), Познышевъ, § 169. Contra Таганцевъ, 624 (ибо вина и опасность могутъ быть больше при несознаваемой неосторожности), Liszt, 188, пр. 2, ибо предусмотрительный субъектъ, боязливо взвѣшивающій прежде отдаленнѣйшія послѣдствія и отклоняющій причинность послѣ тщательнаго, но приведшаго къ невѣрному выводу изслѣдованія, былъ бы трактуемъ строже, чѣмъ безсмысленный гуляка, но такое мнѣніе можетъ быть поддерживаемо только на почвѣ опасности субъекта; характеристика Листомъ лица, дѣйствующаго легкомысленно, самонадѣянно, относится скорѣе къ тому, кто причинилъ случайный вредъ, чѣмъ къ тому, кто вслѣдствіе luxuria. Contra также Kohler, op c. 195, тамъ же и указ. на друг. (197).

3. Не вполнѣ единодушно разрѣшается вопросъ о масштабѣ *предвидимости* результата, хотя *большинство склоняется къ опредѣленію ея субъективнымъ масштабомъ*, т. е съ точки зрѣнія дѣйствующаго субъекта, съ принятіемъ въ расчетъ его индивидуальныхъ свойствъ и способностей: *дѣяніе признается неосторожнымъ, когда именно совершившее его лицо могло предвидѣть запрещенный результатъ*, если бы оно сдѣлало большее напряженіе своихъ духовныхъ силъ. Субъективный масштабъ принятъ нашимъ Угол. Улож. (ст. 48), за однимъ исключеніемъ (см ниже), а также, не столь опредѣленно впрочемъ, Улож. о нак: „когда вредныя послѣдствія не могли быть *имъ* легко предвидѣны", говоритъ ст. 110. Впрочемъ, неосторожность смѣшивается Улож. о нак. со случаемъ въ той же самой статьѣ и въ ст. 1468: первая говоритъ и о такой неосторожности, что никакъ нельзя было ожидать и предполагать вредныхъ послѣдствій дѣянія, а ст 1468 находитъ явно неосторожнымъ дѣяніе, отъ котораго нельзя было съ вѣроятностью ожидать вредныхъ послѣдствій.

Примѣненіе субъективнаго масштаба находится въ тѣсной связи съ вопросомъ, *въ чемъ заключается вина* при неосторожности, въ особенности *при безсознательной неосторожности*; при сознательной субъектъ представляетъ себѣ результатъ, но надѣется, что онъ не наступитъ Это представленіе должно было побудить субъекта ближе оцѣнить вѣроятность вреда и отказаться отъ дѣянія [18]). При negligentia вопросъ о виновномъ моментѣ издавна возбуждалъ затрудненія. Господствующая теорія рѣшаетъ его въ томъ смыслѣ, что, хотя у дѣйствующаго субъекта и нѣтъ положительно—злой воли причинить запрещенный результатъ, какъ при умыслѣ, но недостаетъ и доброй воли избѣгнуть этого, нѣтъ надлежащей, или соотвѣтствующей обязанности, внимательности или предусмотрительности, при наличности которой онъ могъ бы предвидѣть вредное послѣдствіе и не причинять его. Этотъ недостатокъ иногда называютъ нас-

18) «Представленіе о результатѣ стало бы противодѣйствующимъ мотивомъ, если бы оно было сильнѣе тонировано, говоритъ Exner (op. c., 129), и мы ставимъ въ укоръ, что этого не было».

сивно—злой волей,[19]) иногда указываютъ далѣе на то, что право не только запрещаетъ дѣятельность, направленную на причиненіе вреда, но и требуетъ отъ каждаго прилагать старанія къ тому, чтобы отъ предпринимаемаго дѣянія, приходящаго въ соприкосновеніе съ чужими интересами, не послѣдовалъ вредъ и помимо желанія субъекта[20]) Но особенно популяренъ въ наукѣ тотъ доводъ въ пользу неосторожной вины, какъ вины воли, что субъектъ могъ сдѣлать большее напряженіе своего вниманія,[21]) *могъ лучше использовать свои духовныя силы*,[22]) но этого не сдѣлалъ; отсюда, какъ необходимый выводъ, и субъективный масштабъ неосторожности: вины нѣтъ, если и при всемъ напряженіи ду-

---

19) Такъ современникъ Фейербаха Клейнъ и нѣкоторые его послѣдователи (см. у Kohler'a, Exner'a); изъ новыхъ криминалистовъ H. Meyer, Lehrb, 5-е изд., 165; Halschner, I, 315 (ср. 321, пр. 1); Harris, Digest, 12 (passive malice), отчасти Merkel (—Liepm.), 108, Таганцевъ I, 615 (основа наказуемости въ недостаткѣ правомѣрной воли), Бѣлогрицъ-Котляревскій, 153.

20) Таганцевъ, l. c.; Binding, Norm., II, 90. Merkel (—Liepm.), 109; Janka-Kallina, 97 и друг.

21) Въ умышленномъ упущеніи, въ нарушеніи обязанности быть внимательнымъ (obligatio ad diligentiam) видѣлъ основаніе неосторожной вины Feuerbach, который на почвѣ своей теоріи психологическаго принужденія послѣдовательно приходилъ къ выводу о необходимости для субъекта знанія того, что его дѣяніе или упущеніе можетъ вызвать противоправный розультатъ: если нѣтъ этого знанія, нѣтъ сознанія того дѣянія, ненаступленія котораго желаетъ законъ, и законъ не можетъ оказать своего устрашительнаго дѣйствія. Exner, 17, 78, Binding, Normen, II, 144—148.

22) Этимъ подчеркивается положительный волевой моментъ въ неосторожности. Такъ уже Feuerbach (см. у Exner'a, 17, 18), въ стремленіи расширить область неосторожной вины, которая первоначально обнимала у Feuerbach'a только сознательную неосторожность, luxuria. Этотъ доводъ приводится Таганцевымъ, l. c.; Ortolan'омъ (I, 159); Garraud (I, 547), многими итальянскими криминалистами, напр., Carmignani, Carrara, Pessina, Brusa, Setti (см. цитаты у Tosti, op. c., 61, 62, 103—105); такъ же далѣе Van-Hamel (см. у Hippel'я V. D. III, 420); въ этомъ смыслѣ также M. Mayer, Schuldh. Handl., 119; Lammasch, 26; Finger, I, 268; Berner, Lehrb. § 72. О томъ, что это господствующій взглядъ, см. Liszt, 188, Exner, 79. Справедливо отмѣчаетъ Kohler, op. c., 59, что у многихъ ученыхъ встрѣчается соединеніе идей Klein'a и Feuerbach'a, напр. у Merkel'я, Lammasch'a, Bierling'a; о связи взгляда Feuerbach'a со взгядомъ Klein'a см. у Exner'a 79; Binding'a, l. c

ховныхъ силъ человѣкъ не могъ бы дойти до той степени предусмотрительности или внимательности, при которой можно было предвидѣть вредный результатъ; ибо „*ultra posse nemo tenetur* (*nemo obligatur*)“ [23]).

4. Эта *степень надлежащей предусмотрительности опредѣляется* многими учеными *объективнымъ масштабомъ.* [24]) она указывается опытомъ, правилами профессіи, различными нормами полицейскаго характера, инструкціями и т п., вообще гражданскимъ оборотомъ; это предусмотрительность средняго гражданина, diligentia boni patris familias, мѣняющаяся впрочемъ, въ зависимости отъ принадлежности лица къ тому или другому кругу эта степень выше для лица, принадлежащаго къ категоріи спеціалистовъ даннаго дѣла, ниже для обыкновеннаго гражданина Объективный масштабъ, съ точки зрѣнія сторонниковъ господствующей теоріи, служитъ не для расширенія отвѣтственности и не для повышенія требованій, предъявляемыхъ къ личности, а для ограниченія *при соблюденіи той степени предусмотрительности, которая диктуется объективнымъ масштабомъ, личность не отвѣ-*

---

23) См. Merkel, op. c, 110, Finger, I, 268; Frank, 146; Hippel, V. D. III, 568; Liszt, 188, Garraud, I, 586 (изд. 1913 г); Garçon, art. 319, № 17. Таганцевъ, I, 619; Exner, 181—190. Эта невозможность вытекаетъ иногда изъ общихъ свойствъ личности (неразвитія, физическихъ дефектовъ, напр близорукости), иногда изъ случайныхъ обстоятельствъ—переутомленія, возбужденія.

24) Merkel, l. c.; Finger, I, 269; Lammasch, 26, Allfeld (Meyer-Allf), § 26, пр. 11, Frank, 145, 146, Hippel, Z. 31 т., 585, пр. 52 и приводимое имъ рѣшеніе райхсгерихта, а также германскій и швейцарскій проекты (587, 588). Ст. 19 швейц. предв. проекта гласитъ. „Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Thater die Vorsicht nicht beobachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen personlichen Verhaltnissen verpflichtet ist“. Такъ далѣе Garçon, l. c, «pouvait et devait prevoir», Exner, 192, слѣд.; Berner, Lehrb, 130 и Tosti, 145, 146, отвергающіе отвѣтственность за culpa levissima, Liszt, 188, высказывающійся, впрочемъ, за объективный масштабъ опредѣленія требуемой заботливости, и за субъективный масштабъ предвидимости Ср. по поводу этого Kohler, 138, Hippel, V. D. III, 568, пр. 3. Frank, 146 (ц. 3) и Hippel, l. c., придаютъ значеніе при опредѣленіи надлежащей мѣры заботливости сопровождающимъ обстоятельствамъ, напр., зависимому положенію (кучера, запрягшаго норовистую лошадь и причинившаго вредъ, райхсгерихтъ отвергъ неосторожность).

чаетъ за причиненный вредъ, хотя бы она и могла его предвидѣть, возвышаясь надъ среднимъ уровнемъ.[25]) Это ограниченіе признается важнымъ потому, что безъ него, при особенной предусмотрительности, граничащей съ мнительностью,[26]) къ категоріи предвидимыхъ можно было бы отнести и такія послѣдствія, которыя иногда сопровождаютъ самыя нормальныя, обыденныя человѣческія дѣйствія; каждое изъ нихъ таило бы въ себѣ элементъ неосторожности, и ни одно не могло бы быть предпринято безъ риска подвергнуться отвѣтственности, что должно было бы привести къ полной инертности: такъ, производящій постройку, проводящій тоннель, эксплоатирующій фабрику, хирургъ, оперирующій больного, можетъ представлять себѣ извѣстную вѣроятность гибели одного или нѣсколькихъ рабочихъ, смерть паціента или какой-либо другой вредъ въ результатѣ такой дѣятельности, тѣмъ не менѣе, если проявлена заботливость, требуемая оборотомъ, или правилами техники, или указываемая нормами объ огражденіи жизни и здоровья рабочихъ, вредъ, если бы онъ дѣйствительно наступилъ, не подлежитъ вмѣненію въ неосторожность.

Иногда однако *объективный масштабъ* служитъ и къ расширенію отвѣтственности: неосторожность признается при непримѣненіи степени предусмотрительности, указываемой правилами данной профессіи или должности или спеціальными правовыми нормами, напр. полицейскими,[27]) не-

---

25) Contra Kohler, 132, см. слѣд. прим.

26) Ср. Liepmann, 144, Carrara, Progr. p. Spec., I, 79; Kohler, 131, который признаетъ объективный масштабъ для эмоціональной, но не для интеллектуальной стороны нашей психики.

27) Такъ объясненія къ Угол. Улож., I, 404, 405, Таганцевъ, 619; французская, итальянская и австрійская практика. См. Garçon, art. 319, № 22—24, Tosti, 84 (со ссылкой на Impallomeni), см. впрочемъ рѣшенія у Tosti, 145, 146; Alimena, I, 317 (предвидимость пресумируется), Exner, 220; Contra Палаузовъ, къ вопросу о будущ. угол. код., 77; Meyer-Allfeld, 157, пр. 13; Exner, 204, пр. 2; Hippel, V. D. III, 571 и въ Z. 31 т. 586, пр. 53, указывающій, что это означало бы перенесеніе въ область неосторожности знаменитаго «versari in re illicita», Frank, 145 (подъ ц. 2), 146, находящій, что иногда конкретныя обстоятельства требуютъ большей заботливости, иногда же для избѣжанія вреднаго результата даже несоблюденія предписанныхъ правовыми нормами

зависимо отъ того, могло ли это требованіе соблюсти *лицо, занимающее должность, отправляющее данное занятіе*, при своихъ индивидуальныхъ особенностяхъ. Вопросъ, могло ли именно оно предвидѣть результатъ, представляется такимъ образомъ излишнимъ; достаточно, что оно должно было его предвидѣть. Поэтому наше Угол. Ул. говоритъ: „могъ *или* долженъ былъ предвидѣть (альтернативно), тогда какъ примѣненіе объективнаго масштаба, какъ *границы* требуемой предусмотрительности (выше, стр 341), приводитъ къ формулѣ: „могъ и долженъ былъ предвидѣть".

III. Ученіе о неосторожныхъ деликтахъ, принятое въ такой формѣ наукой и законодательствами, и, казалось, твердо установившееся, въ послѣднее время вызываетъ снова много сомнѣній и споровъ, отчасти извѣстныхъ теоріи и раньше и находившихъ себѣ отраженіе главнымъ образомъ въ вопросѣ о субъективномъ или объективномъ масштабѣ опредѣленія неосторожности. Въ дѣйствительности это вопросъ болѣе широкій — о сущности неосторожной вины и объ основаніи наказуемости неосторожныхъ дѣяній.

Вина, съ общепринятой точки зрѣнія, заключается въ порочности отдѣльнаго волевого акта, въ несоотвѣтствіи его требованіямъ права. Но при неосторожныхъ деликтахъ, совершаемое дѣйствіе часто принадлежитъ къ числу дозволенныхъ, напр: ѣзда въ автомобилѣ, постройка дома, разведеніе огня, ношеніе оружія лицомъ, имѣющимъ разрѣшеніе, оперированье больного и т. п., то, что охватывается сознаніемъ не преступно, а преступно причиненіе вреда такимъ образомъ, но оно не охватывается сознаніемъ при negligentia; въ этомъ ея сущность. Возникаетъ вопросъ, какъ связать вредный результатъ съ виною личности? Этотъ вопросъ до настоящаго времени не получилъ удовлетворительнаго рѣшенія. Господствующая теорія не устанавливаетъ *этой субъективной связи* между дѣяніемъ и результатомъ; если согласиться съ тѣмъ, что лицо не сдѣлало надлежащаго употребленія своихъ психическихъ силъ, которое пред-

---

правилъ. Ср. Garçon, art., 319, № 25. Относительно уклоненія отъ субъективнаго масштаба въ этихъ случаяхъ см также ниже.

отвратило бы результатъ, хотя могло сдѣлать,[28]) то отсюда вытекаетъ только возможность карать за одно это упущеніе, какъ за delictum sui generis, какъ за недостатокъ предусмотрительности,[29]) но этотъ недостатокъ остается однимъ и тѣмъ же, вина не измѣняется въ своей тяжести отъ важности причиненнаго вреда, отъ соціальной цѣнности блага, которое его претерпѣло [30]) будетъ ли послѣдствіемъ того, что В забылъ закрыть окно въ комнатѣ, гдѣ горѣла свѣча, паденіе и смерть ребенка, или же вывихъ ноги, или же пожаръ, или ничего не произойдетъ; будетъ ли послѣдствіемъ небрежности архитектора обвалъ постройки, или кромѣ того гибель работавшихъ на ней, или все окончится благо-

---

28) Иногда наблюдается смѣшеніе возможности предвидѣнья съ представленіемъ о возможности результата (см., напр. Halschner, I, 324) что далеко не одно и то же, послѣднее встрѣчается только при luxuria Нѣкоторые отрицаютъ совмѣстимость такого взгляда съ детерминизмомъ если бы человѣкъ могъ, онъ дѣйствительно предвидѣлъ бы; самый фактъ непредвидѣнья свидѣтельствуетъ, что субъектъ и не могъ предвидѣть при данной обстановкѣ, rebus sic stantibus (Сергѣевскій, 252, Kohlrausch, 211, 212; Tosti, 67 и Impallomeni, ibid., Bar. II, 449; Miřička, 170; Колоколовъ, см. въ Объясненіяхъ къ проекту Уг. Улож 404, пр 3-е). Но всякое сужденіе о возможности есть результатъ абстракціи при извѣстныхъ внѣшнихъ обстоятельствахъ, при опредѣленномъ запасѣ свѣдѣній и при опредѣленной способности ихъ оцѣнки, говоритъ Экснеръ (прибавляя еще, и при данной степени интереса къ ненаступленію результата), вопросъ теряетъ смыслъ, ибо, при наличности этихъ условій, всегда есть представленіе о результатѣ; вопросъ о возможности возникаетъ только, если одного или двухъ изъ этихъ условій не принимать въ расчетъ господствующій взглядъ исходитъ изъ внѣшней обстановки и изъ интеллектуальныхъ свойствъ индивида, но не принимаетъ въ расчетъ *всей* его личности Вопросъ сводится къ тому, „позналъ ли бы опасность дѣянія человѣкъ правомѣрно настроенный, надѣленный такими же духовными способностями, какъ субъектъ дѣянія, при данныхъ обстоятельствахъ“ (Exner, 182—185). См. еще по этому поводу Hippel въ Z 31 т, 585, пр. 52.

29) Этотъ выводъ вытекаетъ какъ изъ взгляда Feuerbach'a (см. Binding I с.), такъ и изъ современныхъ его дополненій (см. Exner, 78, 79, Köhler, 49—53) Ср. Sauvard, 177, который находитъ полезной общую статью, карающую созданіе опасности вреда въ отношеніи лицъ или вещей

30) Такъ уже Kostlin, N Revis., 232; Kohlrausch, въ Reform, I, 209 Exner, 49, 80, Dohna въ Z, 32 т., 337.

получно, внутренняя сторона дѣянія или упущенія остается одинаковой: у субъекта одинаково не возникало представленіе ни объ одномъ изъ этихъ послѣдствій. „Такъ какъ онъ не знаетъ конкретныхъ обстоятельствъ, у него нѣтъ повода сосредоточить свое вниманіе на опредѣленныхъ внѣшнихъ впечатлѣніяхъ“, и нельзя требовать, чтобы онъ напрягалъ свое вниманіе одновременно по всѣмъ направленіямъ.[31]) Еще менѣе обосновываетъ субъективную связь ученіе объ отрицательно-злой волѣ при неосторожности или объ отсутствіи добраго намѣренья, добраго умысла; въ этомъ признакѣ заключается именно отрицаніе волевого акта.

Неудовлетворительность господствующей теоріи въ вопросѣ о моментѣ вины въ неосторожныхъ дѣяніяхъ приводитъ однихъ къ стремленію подвести новый фундаментъ подъ колеблющееся строеніе этой теоріи, другихъ къ попыткамъ найти иное основаніе наказуемости неосторожныхъ деликтовъ, третьихъ къ отрицанію вины въ negligentia, не всегда однако связанному съ отрицаніемъ ея наказуемости.

1. Первый путь избираютъ новѣйшія изслѣдованія Экснера, В. Миттермайера, Келера и Гольдшмидта.

Экснеръ старается привести запрещенное послѣдствіе въ связь съ эмоціональной сферой личности и находитъ, что причиненіе вреда при неосторожности вытекаетъ изъ недостатка интереса къ пострадавшему благу, субъектъ не думаетъ о послѣднемъ потому, что это благо недостаточно ему дорого, субъектъ цѣнитъ его слишкомъ низко[32]). Это

---

31) Exner, l. c. См. также цитату изъ Saleilles у Sauvard, 137.

32) Exner, op. c. 173, слѣд: «Картины, которыя способны вызвать сильныя чувства, преступая порогъ сознанія, стремятся быть осознанными (drangen zum Bewusstwerden)», «субъектъ предвидѣлъ бы возможность вреднаго послѣдствія, если бы представленіе о такого рода исходѣ было связано съ сильнымъ (по сравненію съ другими ассоціаціями достаточно сильнымъ) чувствомъ неудовольствія». Это не Willensbeziehung, а Werthbeziehung, emotionelle Beziehung». Намеки на эту теорію встрѣчаются и до Exner'а, напр. у Got. Schulze въ началѣ XIX в., а, по Kohler'у (33—35), уже у Gmelin'а, позже у Wahlberg'а (основ неосторожности—закоренѣлый эгоизмъ) Сходно съ Exner'омъ Liszt, 189 субъектъ не сознаетъ антисоціальнаго свойства дѣянія, вслѣдствіе равнодушія къ требованіямъ соціальной жизни, „постольку неосторожность въ конечномъ итогѣ есть дефектъ чувства“ Въ этомъ равнодушіи сказывается асоціальное настроеніе личности (163, пр. 5). Листъ такимъ образомъ сближается и съ тѣми, кто усматриваетъ основу не-

объясненіе не вяжется однако со случаями, въ которыхъ по небрежности причиненъ вредъ дорогому существу, напримѣръ, матерью своему ребенку, или же самому виновнику дѣянія [33]). Близкіе нашему сердцу объекты вовсе не носятся передъ нашимъ умственнымъ взоромъ постоянно, и непоявленіе представленія о возможности вреда не должно непремѣнно корениться въ дефектѣ эмоціональномъ.

Миттермайеръ и Авг. Келеръ стараются установить и при negligentia по крайней мѣрѣ нѣкоторое подобіе представленія о противоправномъ результатѣ: всякое дѣйствіе, говоритъ *Миттермайеръ* [34]), совершается при извѣстной конкретной обстановкѣ, при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ, призывающихъ ко вниманію къ опредѣленнымъ благамъ; субъектъ при negligentia не имѣетъ представленія о конечныхъ пунктахъ причинной связи, о запрещенномъ послѣдствіи, но у него есть представленіе о промежуточныхъ звеньяхъ причинной цѣпи; эти звенья должны вызвать ассоціаціи съ *опредѣленнымъ* вредомъ, ибо они каждый разъ иныя. Поэтому важна для неосторожности конкретизація случая, которой требуетъ райхсгерихтъ и Листъ, обстоятельства должны сложиться такъ, чтобы быть адекватными именно для результата даннаго рода, напр., смерти, а не тѣлеснаго поврежденія, чтобы позволить учесть именно такой результатъ [35]) Вина здѣсь не въ волѣ, а въ процессѣ конкретнаго волеобразованія [36]). Психологическое отношеніе субъекта къ вредной причинности состоитъ въ непринятіи во внима-

---

осторожности въ длительномъ предрасположеніи субъекта (см. ниже взгляды Bar'a и Tesař'a). Близокъ къ теоріи Exner'a и Tesař (Z. 32 т., 406—412).

33) Предвосхищая это возраженіе, сдѣланное позже Stooss'омъ, Exner (177, пр. 1 и 209, пр. 2), въ такихъ случаяхъ впрочемъ отрицаетъ неосторожность. Противъ Exner'a также Köhler, op. c 30—32; Dohna въ Z. 32 т., 337.

34) „Zur Frage des Schuldcharakters der Fahrlässigkeit" въ Z. 32 т., 425—436.

35) Эта конкретизація не должна однако, согласно Liszt'y, заходить слишкомъ далеко, достаточно возможности предвидѣнья причиненія смерти; кому именно, безразлично (Liszt, 188, пр 3; Meyer Allfeld, 157, Frank, 147, который, ссылаясь на рѣш. R. G. (E 39—218, слѣд.), находитъ, что, если причинено по неосторожности поврежденіе и потерпѣвшій умеръ отъ наркоза, примѣненнаго для леченія, причинившій поврежденіе не отвѣчаетъ за неосторожное лишеніе жизни, ибо послѣдствіе это было непредвидимо. Сомнительнымъ считаетъ это рѣшеніе Liszt, l. c; ср. еще Hippel. V. D., 572—574 (отвергаетъ отвѣтственность при culpa, какъ и при dolus, при инадекватномъ причиненіи, ср ниже здѣсь, слѣд главу).

36) Такъ и Beling, Unschuld, 36 и примѣч. на 37 стр.. при несознаваемой неосторожности субъекта можно порицать за то, что къ наличному представленію онъ не присоединилъ другого.

ніе опасныхъ обстоятельствъ[37]). Это непринятіе во вниманіе не есть нѣчто отрицательное: недостатокъ удерживающихъ представленій обусловленъ слабостью того представленія объ обязанности, которое должно возникнуть при всякомъ важномъ по внѣшней обстановкѣ дѣяніи и такимъ образомъ оказать вліяніе на каждое душевное состояніе. Нормативное отношеніе слѣдуетъ свести не къ недостатку представленія конкретной опасности, но къ слишкомъ слабому тонированію чувствомъ[38]) представленія объ обязанности, имѣющагося у всякаго вмѣняемаго лица такъ, владѣлецъ имѣнія имѣетъ представленіе о яблонѣ и колышащихся ея вѣтвяхъ, аптекарь о томъ, что отпускаетъ ядъ; эти обстоятельства призываютъ осторожнаго человѣка не дѣйствовать, напр. не стрѣлять въ цѣль въ направленіи яблони, не выдавать лѣкарства, не провѣривъ, нѣтъ ли за деревомъ человѣка, правильно ли указалъ дозу докторъ; если помѣщикъ все же стрѣляетъ или аптекарь выдаетъ смертельную дозу, если обстоятельства ихъ не предостерегли, то это слѣдуетъ свести къ слабости ихъ представленія о долгѣ. Но, можно возразить на это, для negligentia характерно именно отсутствіе представленія объ обстоятельствахъ, приглашающихъ къ осторожности, предостерегающихъ о возможности вреда. Проблема, рѣшаемая Миттермайеромъ, по справедливому замѣчанію Мессера[39]), не имѣетъ отношенія къ безсознательной неосторожности. Если у меня и мысли нѣтъ, что за деревомъ, куда я стрѣляю, стоитъ мальчикъ, я нахожусь къ нему только въ объективномъ отношеніи, напр. разстоянія; слѣды, или основы воспроизведенія, существующія у личности въ силу воспитанія и опыта и обусловливающія появленіе представленія объ обязанности къ осторожности (Achtsamkeit), здѣсь не настолько сильно возбуждены, чтобы это представленіе возникло въ сознаніи. Далѣе, слишкомъ слабое тонированье чувствомъ не можетъ относиться къ неосознанному представленію.

---

37) Ср. Allfeld (Meyer-Allfeld), 155 (знаніе абстрактной опасности обязывало ко вниманію); уже Merkel (-Liepm), 109 (говорить о знаніи конклюдентныхъ фактовъ, по соображеніи которыхъ субъектъ могъ прійти къ правильной оцѣнкѣ положенія, къ познанію опасности) и Ortolan, I, № 383 (il faut.. que la nature des faits et des situations nous fasse une obligation d'examiner. de songer à agir ou à ne pas agir). Большое сходство съ точкой зрѣнія Миттермайера имѣетъ взглядъ, высказанный раньше проф. Фельдштейномъ; см. его разсужденіе о латентномъ матеріалѣ сознанія (ор. с. 83) и примѣръ на стр. 94 (представленіе матроса, опускающаго мостикъ судна на берегъ, объ этомъ дѣйствіи и о стоящемъ рядомъ товарищѣ не дѣйствуетъ въ смыслѣ возбужденія представленія о принятіи мѣръ предосторожности). Ср. 77, ibid (противъ дефекта воли); далѣе, сходно Tesař, Z. 32 т., 408.

38) Contra Kohler, 27.

39) Messer въ Mon crim. psych. 1911 г. (VIII, H. 2, стр. 65), 72—75.

Взглядъ *Келера* является какъ-бы поправкой къ точкѣ зрѣнія Миттермайера Келеръ [40]) находитъ болѣе правильнымъ при negligentia говорить объ обстоятельствахъ, которыя, какъ представленія, хотѣли насъ предостеречь (а не должны были предостеречь, какъ у Миттермайера), но предостереженія которыхъ мы не приняли. Келеръ далѣе видитъ при неосторожности вину не въ волеобразованіи, а въ волѣ, въ томъ, что вмѣняемый и не находящійся въ состояніи необходимости субъектъ волевымъ актомъ отклонилъ побужденіе (Anregung ближе провѣрить дѣйствительность опасности для правовыхъ благъ, какъ слѣдствія предпринимаемаго поведенія Келеръ признаетъ, что этотъ волевой процессъ отклоненія большей частью происходитъ не въ центрѣ нашего сознанія, но скорѣе въ периферіи его, но изъ-за слабаго возбужденія и меньшаго впечатлѣнія, чѣмъ при умышленномъ причиненіи, нельзя еще вполнѣ отрицать актъ отклоненія [41]). Послѣдній представляетъ собою отклоненіе функціи мозга, а именно обдумыванія возможности причиненія вреда, и постольку относится къ результату, поскольку работа надъ отклоненнымъ рядомъ представленій открыла бы сознанію связь поведенія съ результатомъ. Воля не имѣетъ послѣдняго своимъ объектомъ, но движется въ направленіи противъ защищенныхъ уголовнымъ закономъ объектовъ [42]). Но и эта теорія забываетъ, что во множествѣ случаевъ нѣтъ никакого побужденія подумать о послѣдствіяхъ; нужно снова подчеркнуть, что ассоціація представленій о дѣйствіи и результатѣ такъ слаба, что представленіе о послѣднемъ совсѣмъ не прокрадывается [43]). Связать волевой актъ отклоненія именно съ *опредѣленнымъ* вредомъ не въ состояніи и эта теорія

Сходную, но гораздо болѣе сложную конструкцію вины при неосторожныхъ деликтахъ предлагаетъ въ своей новѣйшей работѣ Гольдшмидтъ, вмѣстѣ съ тѣмъ примыкая къ *Максу Майеру*, который центръ тяжести вопроса переноситъ на *нормативный моментъ* въ понятіи неосторожность, на противорѣчіе ея обязанности, долгу. Именно въ этомъ, по мнѣнію М. Майера [44]), заключается основаніе всякой вины, тотъ общій моментъ умысла и неосторожности, который позволяетъ ихъ разсматривать, какъ два вида одного и того же понятія вины Что касается психологическаго отношенія субъекта къ результату, то оно служитъ для разграниченія обоихъ видовъ вины, и установленіе положительнаго психологическаго отношенія, существенное для умысла, не необходимо для неосторожности „Всякая вина покоится на томъ, что представленіе о требуемомъ составомъ преступленія результатѣ могло и должно было стать противодѣйствующимъ мотивомъ“ Какимъ

---

40) Kohler, op c § 8 и 9, особ 86, пр. 2, 94 95.

41) 96.

42) 107, слѣд.,115.

43) Ср противъ Kohler'a Kriegsmann въ Z. 33 т, 740.

44) M. Mayer, Z. 32 т., 512, 513. Въ томъ же духѣ Rosenfeld, ibid, 477.

образомъ отсутствующее представленіе могло бы имѣть мотивирующее значеніе, остается однако непонятнымъ. *Гольдшмидтъ*[45]) и старается найти объясненіе, сознавая, что безъ психологическаго отношенія нельзя установить и нормативнаго; съ другой стороны, онъ хочетъ опредѣлить, откуда вытекаетъ обязанность, въ нарушеніи которой заключается вина. «Въ то время, какъ обычное лежащее въ основѣ поставленія въ вину (Schuldvorwurf) психологическое отношеніе состоитъ въ томъ, что субъектъ не далъ сдерживающему представленію о результатѣ оказать мотивирующее дѣйствіе, здѣсь, при неосторожности безсознательной, мы дѣлаемъ еще шагъ дальше; мы ставимъ субъекту въ укоръ уже то, что онъ самъ активно не мотивировалъ себя въ желательномъ для правопорядка смыслѣ представленіемъ о результатѣ". Гольдшмидтъ проводитъ параллель съ причиненіемъ посредствомъ бездѣйствія, delicta commissionis per omissionem (см. ниже): какъ при послѣднихъ противоправное невоспрепятствованіе результату разсматривается, какъ quasi-причинное отношеніе, такъ и при безсознательной неосторожности противное обязанности непредставленіе о результатѣ должно разсматриваться, какъ quasi-психологическое отношеніе къ нему; и подобно тому, какъ при delicta commissionis per omissionem требуется особая обязанность предотвращать результатъ, такъ и при negligentia необходимо, чтобы субъектъ былъ особо обязанъ къ упомянутой самомотиваціи и имѣлъ къ тому возможность благодаря представленію о сопровождающихъ обстоятельствахъ. Послѣднее Гольдшмидтъ понимаетъ въ томъ смыслѣ, что субъектъ долженъ знать обстоятельства, изъ которыхъ вытекала возможность результата, знать опасность, хотя бы онъ ея и не позналъ (повидимому, ближе). Точка зрѣнія Гольдшмидта въ итогѣ совпадаетъ со взглядами Келера и Миттермайера[46]) и должна встрѣтить тѣ же возраженія; отношеніе субъекта къ запрещенному результату все-таки остается только quasi-психологическимъ. Отличіе взгляда Гольдшмидта сказывается однако въ упомянутомъ уже требованіи нарушенія *особой* обязанности къ самомотиваціи, такія обязанности вытекаютъ въ общемъ изъ тѣхъ же правовыхъ нормъ, на которыхъ основана особая обязанность къ воспрепятствованію результату при delicta commissionis per omissionem; это особая обязанность къ заботливости, вытекающая изъ нормъ права обязательственнаго, семейнаго, полицейскаго, или же регулирующаго дѣятельность должностныхъ лицъ. Такимъ образомъ Гольдшмидтъ сокращаетъ[47]) обычно принимаемый объемъ наказуемаго не-

---

45) Goldschmidt, op c., § 3.

46) См. Goldschmidt, 30, пр 30.

47) Гольдшмидтъ (29, пр. 26) ссылается на ст. 319 C pén. «Quiconque par. inobservation des réglements» и на ст 371 итальянск. улож. «Chiunque . per inosservanza di regolamenti, ordini o discipline», опуская, что отвѣтственность можетъ вытекать, согласно этимъ статьямъ, и изъ maladresse, imprudence, inattention, négligence, (negligenza, imprudenza

осторожнаго причиненія вреда[48]), но вмѣстѣ съ тѣмъ не выдерживаетъ аналогіи съ delicta commissionis per omissionem до конца, такъ какъ, согласно общему мнѣнію, обязанность предотвращать вредъ можетъ вытекать не только изъ указываемыхъ Гольдшмидтомъ нормъ, но также изъ конклюдентныхъ фактовъ (см. ниже).

2. Другой пріемъ установить неуловимое психологическое отношеніе неосторожнаго дѣянія къ результату былъ уже давно указанъ *Штюбелемъ*[49]), а изъ новыхъ криминалистовъ поддерживается особенно проф. *Сергѣевскимъ* и въ наши дни *Кольраушемъ*[50]), приходящими впрочемъ не къ одинаковымъ выводамъ неосторожность разсматривается, *какъ умыселъ*, но *направленный* не на причиненіе вреда, а *на созданіе опасности* для правового блага[51]). Съ этой точки зрѣнія, дѣйствительное наступленіе вреда представляется безразличнымъ для отвѣтственности, выводъ, который и дѣлается Штюбелемъ и Кольраушемъ. Оно можетъ однако имѣть значеніе не признака состава деликта, а развѣ только объективнаго условія наказуемости, которое можетъ быть вводимо законодателемъ для облегченія судебной практики[52]) при безрезультатной неосторожности опасность дѣянія не выступаетъ такъ ярко, ненаступленіе результата можетъ оправдывать точку зрѣнія субъекта, что онъ и не могъ при данной обстановкѣ наступить; къ тому же случаи неосторожности, не повлекшіе вредныхъ послѣдствій, встрѣчаются въ жизни слишкомъ часто, и привлеченіе виновныхъ обре-

---

imperizia), безъ нарушенія спеціальныхъ, установленныхъ правовыми нормами правилъ См. Garçon, art. 319, № 19, 21, Manzini, II, № 316.

48) См. также выше примѣры (стр. 347) и слова Меркеля (стр. 344, пр. 37), а также Liepmann, Einleit, 143.

49) N. Arch. d. crim.rechts VIII, 1 (1825), стр. 281 — 294. Намекъ на эту теорію встрѣчается и у Филанджіери. (См. Kohler, 70, слѣд; Exner, 22, 23).

50) Сергѣевскій, Русск. угол. право, 252—254. Kohlrausch въ Reform, I, 195—197.

51) Субъектъ сознаетъ опасность,—такъ теорія представленія (Кольраушъ), субъектъ кромѣ того и желаетъ ея,—такъ волевая теорія умысла (Штюбель).

52) Kohlrausch, l. c., который готовъ допустить это условіе, впрочемъ, по другому соображенію—нѣкотораго снисхожденія къ субъекту дѣянія, ради „Billigkeit“.

менило бы суды безъ особой въ томъ нужды [53]). При сохраненіи упомянутаго условія, практическіе выводы получаются такіе же, какъ и въ господствующей теоріи, хотя послѣдовательнѣе было бы ввести самостоятельные деликты поставленія въ опасность, гдѣ бы наказуемость могла зависѣть отъ размѣровъ не дѣйствительнаго, а угрожающаго вреда [54]). Другое возраженіе, вызываемое этой теоріей, относится къ ея существу: при negligentia субъектъ не сознаетъ и опасности дѣйствія, какъ было указано выше при разборѣ теорій Келера и Миттермайера, которыя въ этомъ отношеніи сближаются съ ученіемъ о несторожномъ дѣяніи, какъ сознательно опасномъ. Кольраушъ и Штюбель поэтому и относятъ это ученіе лишь къ случаямъ luxuria 54[a]). Впрочемъ, и при послѣдней не только нѣтъ желанія создать опасность, что исключаетъ умыселъ съ точки зрѣнія волевой теоріи (выше стр. 272), но и само представленіе о ней можетъ быть весьма слабымъ [55]).

Тѣмъ менѣе пріемлемо мнѣніе покойнаго проф. Сергѣевскаго, который распространялъ ученіе о неосторожности,

---

53) Такъ Bar, II, § 233, указывающій еще на то обстоятельство, что при безрезультатной неосторожности впечатлѣніе, произведенное событіемъ на общество, быстро исчезаетъ; это можетъ играть роль при взглядѣ на наказаніе, какъ на удовлетвореніе общества. Radbruch, V. D. II, 227, находитъ, что неосторожныя дѣянія суть деликты поставленія въ опасность, образующіе составъ преступленія (constituierte) только, благодаря результату. Трудность доказыванія неосторожности при отсутствіи вреднаго послѣдствія признаетъ и Köhler, 73, пр. 1.

54) Ср. Сергѣевскій, 254; Köhler, 73; Exner, 67.

54[a]) Несознаваемую неосторожность оба признаютъ, впрочемъ, наказуемою, несмотря на отсутствіе вины, по соображеніямъ практической пользы, примыкая къ Альмендингену (см. ниже) Кольраушъ сверхъ того готовъ согласиться, что при неосторожности этого вида есть представленіе о „generelle Gefahr", т. е. объ опасности неопредѣленному кругу благъ Сходно съ излагаемой въ текстѣ теоріей Burj для luxuria, и отчасти Bar, l. c. для неосторожности вообще. См. contra Exner, 65.

55) Субъектъ успакаиваетъ себя мыслью, что представляемая возможность очень отдаленна, см. Meyer-Allfeld, 155, пр. 6; если подъ опасностью разумѣть не просто возможность результата, а *близкую* его возможность (См. напр. Liszt, § 28—II, 3, Frank, 18; Ср. Finger, I, 104, см. также ниже), то и при luxuria у субъекта можно отрицать сознаніе опасности (такъ Rosenfeld, Z. 32 т., 477, пр. 22 и за нимъ Köhler, 74).

какъ умыслѣ поставленія въ опасность, на случаи negligentia и при томъ исходилъ изъ неправильнаго взгляда на опасность.

По мнѣнію Сергѣевскаго, кромѣ деликтовъ поставленія въ опасность, извѣстныхъ особенной части современныхъ кодексовъ, есть еще опасныя дѣянія, опасность которыхъ свидѣтельствуется наступленіемъ вреднаго результата. Съ этой точки зрѣнія, опасными слѣдовало бы признать всѣ дѣянія, повлекшія такой результатъ, хотя бы онъ, согласно общепринятому взгляду, представлялся случайнымъ Сергѣевскій, однако, не дѣлаетъ этого вывода изъ всѣхъ этихъ дѣяній, объ опасности которыхъ свидѣтельствуетъ причиненный ими вредъ, онъ находитъ подлежащими наказанію только тѣ, при которыхъ была вѣроятность наступленія вреда при ихъ учиненіи. Такимъ образомъ важенъ уже прогнозъ ex ante, по моменту дѣйствія, а не по моменту результата; дѣйствительно, оцѣнка опасности должна относиться къ первому моменту, и зачисленіе дѣйствій въ категорію опасныхъ только потому, что они повлекли вредное послѣдствіе, совершенно неправильно. съ одной стороны, и безопасное дѣйствіе можетъ случайно причинить вредъ, съ другой и опасное пройти благополучно. Сужденіе объ опасности есть продуктъ абстракціи отъ множества такихъ же случаевъ, при чемъ остаются неизвѣстными особенности конкретнаго событія; если на основаніи опыта при такихъ дѣяніяхъ существуетъ значительная вѣроятность вреда, мы относимъ ихъ къ категоріи опасныхъ. Post factum, когда наступленіе вреда вскрыло прежде неизвѣстныя особенности, всякое дѣяніе окажется не только опаснымъ, но и такимъ, при которомъ вредъ былъ неизбѣженъ. Однако это не даетъ основанія къ заключенію объ опасномъ свойствѣ дѣянія, если вредъ былъ вызванъ исключительнымъ стеченіемъ обстоятельствъ. Сергѣевскій однако оставляетъ ненаказуемыми дѣянія, при которыхъ не было вѣроятности вреда, не потому, что они просто не опасны, а на томъ основаніи, что ихъ запрещеніе должно было бы привести къ «величайшему стѣсненію дѣятельности всѣхъ и каждаго». По существу Сергѣевскій признаетъ неосторожныя дѣянія наказуемыми, если можно было предвидѣть результатъ, т. е. принимаетъ точку зрѣнія сторонниковъ объективнаго масштаба.

3. Еще менѣе удачны другія многочисленныя[55a]) попытки установить порочность воли въ неосторожномъ дѣяніи, изъ которыхъ можно упомянуть о новѣйшихъ, принадлежащихъ К. Шмитту и графу Дона, а также о нѣкоторыхъ, встрѣчающихся въ романской литературѣ. Всѣ эти попытки, съ одной стороны, лишній разъ подтверждаютъ, что господ-

---

55a) Manzini, II, 51, говоритъ, что трудно найти писателя, который не выставилъ бы собственной теоріи неосторожности.

ствующая теорія все больше и больше теряетъ свой кредитъ и признается неудовлетворительной многими криминалистами, съ другой стороны свидѣтельствуютъ о томъ, что замѣна ея другими теоріями не даетъ лучшихъ результатовъ.

Различіе въ наказуемости, въ зависимости отъ различія послѣдствій, при неосторожныхъ дѣяніяхъ, *К. Шмиттъ*[56]) находитъ возможнымъ объяснить, если не признать въ этомъ объективной отвѣтственности, только слѣдующей конструкціей наличное представленіе можетъ быть совершенно невиннымъ, но квалифицируемый имъ волевой актъ становится здѣсь порочнымъ (böse) отъ того, что оно не соотвѣтствуетъ ожидаемому представленію, а скорѣе послѣднее исключаетъ. Поэтому важно, чего хотѣлъ субъектъ вмѣсто результата, котораго надлежало избѣгнуть, важны „сопровождающія обстоятельства", которымъ придаетъ значеніе Франкъ[57]). Волевой актъ, характеризуемый при нормальномъ положеніи посредствомъ безразличнаго представленія, въ данномъ положеніи, въ которомъ право желаетъ другого, становится виновнымъ. Эту недостаточно ясную конструкцію[58]) Шмиттъ поясняетъ примѣрами, изъ которыхъ скорѣе вытекаетъ, что авторъ придаетъ значеніе соціальности или антисоціальности мотива, которымъ было вызвано неосторожное дѣйствіе[59]). Извозчикъ разогналъ лошадей, желая получить на чай, и задавилъ прохожаго, мать оставляетъ тяжко больного ребенка и идетъ на работу на фабрику,—дѣйствительно бывшее представленіе (получить на чай, заработную плату) не позволяетъ появиться желаемому правомъ представленію, цѣлевыя представленія этихъ лицъ не соотвѣтствуютъ въ данной ситуаціи цѣлевому представленію, ожидаемому правомъ. Не такъ несомнѣнна, продолжаетъ Шмиттъ, вина сидѣлки при больномъ ребенкѣ, которая оставляетъ его, чтобы увѣдомить полицію объ узнанномъ ею только что планѣ убить ея мужа; мужъ спасенъ, благодаря этому, ребенокъ умеръ[60]). Послѣдній примѣръ однако подлежитъ рѣшенію на основаніи началъ, принятыхъ для крайней необходимости (коллизія двухъ благъ или обязанности съ благомъ, т. е. жизни ребенка и жизни мужа, обязанности заботиться о первомъ съ жизнью второго), и поведеніе сидѣлки ненаказуемо именно поэтому. Далѣе, во всѣхъ приводимыхъ Шмиттомъ случаяхъ едва ли можно усматривать безсознательную не-

---

56) Ueber Schuld und Schuldarten, 1910, стр. 63, слѣд.

57) См. объ этомъ выше стр. 187

58) Ср. Mittermaier въ Z. 32 т., 431.

59) Этимъ взглядъ Шмитта сближается съ мнѣніемъ тѣхъ, кто видитъ сущность неосторожности въ антисоціальномъ настроеніи (см ниже).

60) Идею Шмитта находитъ заслуживающей вниманія Kriegsmann въ Z 31 т., 707 и 34 т., 758.

осторожность: извозчикъ имѣетъ представленіе о чрезмѣрно быстрой ѣздѣ и ея опасности для прохожихъ, мать и сидѣлка о тяжкомъ положеніи ребенка и необходимости ухода за нимъ, но всѣ эти лица отгоняютъ отъ себя эти представленія, расчитываютъ на благополучный исходъ. Это случаи luxuria, а два послѣднихъ даже, можетъ быть, случаи умышленнаго оставленія въ опасности, изъ которыхъ третій оправдывается крайней необходимостью. Для того, чтобы данная ситуація могла вызвать желаемое правомъ представленіе и вытѣснить то, которое было въ дѣйствительности, необходимо, чтобы она (ситуація) отразилась въ сознаніи дѣйствующаго субъекта [61]). При negligentia, если, напр., служитель психіатрической больницы забылъ запереть дверь въ ванную и туда зашелъ помѣшанный и утопился, нельзя усматривать вину въ томъ, чего хотѣлъ служитель, когда забылъ запереть дверь, напр., хотѣлъ ли онъ спать, играть въ карты, или провѣдать больного отца. Эти цѣли не противоправны ни сами по себѣ, ни въ связи съ даннымъ положеніемъ, представленіе о которомъ отсутствовало у служителя.

Дона [62]), признавая всѣ усилія установить отношеніе воли къ результату при безсознательной неосторожности не достигшими цѣли и посылая по ихъ адресу „requiescant in pace", находитъ единственный возможный способъ сохранить вліяніе результата на отвѣтственность въ томъ, что при наступленіи тягчайшаго изъ всѣхъ упущенныхъ изъ вида результатовъ, опредѣляется самое строгое наказаніе изъ тѣхъ, которыя слѣдовало бы назначить за отдѣльные результаты, не изъ-за него самого, но ради виновности, если же такой результатъ не наступилъ, то наказаніе, уже заслуженное и безъ того, смягчается, какъ при покушеніи. вина остается прежней, одной и той же, но случай, ненаступленіе вреда или бо̀льшаго вреда, идетъ на пользу виновному; хотя это нелогично, но совмѣстимо съ нашимъ правовымъ чувствомъ. Но, оставляя въ сторонѣ спорность этого положенія и относительно покушенія, признаваемую и Дона, въ его попыткѣ можно видѣть только отчаянное усиліе сохранить отвѣтственность за неосторожныя дѣянія въ объемѣ, принятомъ дѣйствующимъ правомъ, ибо остается не рѣшеннымъ основной вопросъ, въ чемъ связь волевого акта съ любымъ изъ возможныхъ результатовъ при negligentia и почему случайное причиненіе вреда не наказуемо.

Романская уголовно-юридическая литература, въ особенности итальянская, поскольку она не принимаетъ господствующей теоріи или прямо отвергаетъ послѣднюю, также не рѣшаетъ указаннаго вопроса, а просто обходитъ его, довольствуясь тѣмъ, что предпринятое дѣйствіе или же допущенное бездѣйствіе были продуктомъ воли и вызвали опредѣленный предусмотрѣнный закономъ вредъ (prinzipio

---

61) Иныя возраженія приводятся Kohler'омъ, op. cit., 63, слѣд.

62) въ Z. 32 т., 323, слѣд., особ. 337, 338.

della causalità volontaria)[63]) «Карательная власть, говоритъ *Стоппато*, прежде всего разсматриваетъ внѣшнюю сторону человѣческихъ дѣйствій, потому что именно она даетъ нарушеніе права. Если разсматривать ее въ отношеніи человѣка, какъ волящей причины, то нельзя сказать, что удовлетворяются чисто объективной связью (puro rapporto fisico)». Вопросъ о возможности предвидѣть послѣдствіе представляется излишнимъ[64]), отысканіе психическаго отношенія къ результату напрасная, не имѣющая разумнаго основанія работа[65]). Отсюда вытекала бы отвѣтственность и за случайныя послѣдствія,—выводъ, котораго избѣгаютъ, отвергая причинную связь между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ тамъ, гдѣ господствующая теорія отвергаетъ неосторожность и усматриваетъ случай: такъ, Стоппато не признаетъ этой связи, если результатъ не былъ обычнымъ послѣдствіемъ, что равносильно возвращенію къ критерію объективной предвидимости[66]), ибо необычное это такое послѣдствіе, котораго нельзя было предвидѣть. Стоппато вводитъ еще одинъ признакъ неосторожныхъ дѣяній, въ которомъ собственно и усматриваетъ основаніе ихъ наказуемости, именно пользованіе средствами, противными праву (mezzi antigiuridici), не соотвѣтствующими его идеѣ, хотя и безъ стремленія къ недозволенной цѣли: такъ въ случаяхъ, когда несвѣдущій человѣкъ совершаетъ хирургическую операцію или приводитъ въ дѣйствіе какой-либо механизмъ и причиняетъ вредъ. Если не обосновываетъ отвѣтственности ученіе о causalità volontaria, то и это дополненіе не спасаетъ его и встрѣчаетъ возраженія даже со стороны единомышленниковъ. Въ самомъ дѣлѣ, причинить вредъ по неосторожности можетъ и хорошій хирургъ;

---

63) Stoppato L'evento punibile, 174, слѣд., Manzini, II, 45; сходно Prins, № 308.

64) Stoppato, l c.

65) Manzini, II, № 313 и 314. онъ находитъ моментъ предвидимости чуждымъ дѣйствующему въ Италіи праву и придаетъ значеніе только общему или спеціальному противорѣчію дѣянія полиціи или порядку (disciplina), разумѣя подъ первымъ поведеніе, не соотвѣтствующее общему интересу полиціи или порядка и выражающееся въ небрежности, неблагоразуміи, неопытности безъ нарушенія спеціальныхъ нормъ или предписаній (стр. 43, 52).

66) Правильно Tosti, op. c. 76, и особенно Alimena, Princip. I, 316, (по поводу словъ Stoppato „не заботясь о послѣдствіяхъ своего поступка"). См. объ отграниченіи неосторожности отъ случая Manzini, II, 58, и особ. № 318 и слѣд. (о перерывѣ причинной связи, см. также здѣсь, ниже) и № 339, гдѣ Manzini въ сущности принимаетъ субъективный масштабъ неосторожности и оперируетъ съ номологическимъ знаніемъ субъекта въ примѣрѣ, въ которомъ несвѣдущій въ химіи производитъ взрывъ найденнымъ имъ неизвѣстнымъ веществомъ; здѣсь, по Manzini, случай; если же это было лицо, которое знало или должно было знать значеніе этого вещества, то неосторожность.

далѣе, во многихъ случаяхъ не въ чемъ видѣть средства, не соотвѣтствующаго правовымъ требованіямъ, напр. при упущеніяхъ (сторожъ заснулъ и не далъ сигнала поѣзду) [67]). Такое свойство получаетъ средство именно въ случаѣ, если можно было предвидѣть вредъ или если оно прямо запрещено закономъ, говоритъ Алимена [68]), но и тогда вопросъ объ основаніи наказуемости за *результатъ* остается открытымъ.

4. Невозможность основать вину при negligentia на порочности воли даетъ поводъ искать основанія наказуемости въ чемъ-либо другомъ или же совсѣмъ ее отвергнуть. Въ первомъ отношеніи открывается два пути, имѣющихъ между собою точки соприкосновенія: можно усматривать въ неосторожности этого рода или же во всякой неосторожности *дефектъ разума*, ителлектуальную недостаточность и карать, или, вѣрнѣе, принимать мѣры противъ такихъ лицъ, или же относить вину къ характеру личности, усматривать въ неосторожности дефектъ характера и карать (принимать мѣры защиты), въ виду „*опаснаго состоянія*“ личности.

Первый путь уже болѣе ста лѣтъ назадъ указанъ *Альмендингеномъ.* [69]) Не существуетъ такихъ ошибокъ, которыхъ можно было бы избѣгнуть при желаніи. Воля не имѣетъ значенія при неосторожности, въ ней заключается недостатокъ способности аперцепціи; наказаніе оправдывается не справедливостью, а соображеніями полезности: оно не можетъ имѣть значенія психологическаго принужденія въ моментъ дѣянія, но можетъ вызвать подчиненіе субъекта господству закона на будущее, благодаря полученному за неосторожное дѣяніе уроку, послужить напоминаніемъ. Такимъ образомъ наказаніе у Альмендингена не связывается съ виною, а скорѣе получаетъ характеръ мѣры безопасности, соціальной защиты. Иногда однако высказывается мнѣніе, что вина не должна непремѣнно заключаться въ волѣ, но можетъ заключаться въ интеллектуальной сферѣ. Этотъ взглядъ, намѣченный Леффлеромъ, [70]) въ наше время поддерживается особенно Хольдъ-фонъ-Фернекомъ и, безъ особаго обоснованія, тѣми,

---

67) Такъ Manzini, II, № 314—III; Tosti, 114, 115.

68) Alimena, op. c., 314, 315

69) См. Kohler, § 2; Exner, 19—22.

70) Löffler, Schuldform., 5.

кто сводитъ несознаваемую неосторожность къ дефекту разума и тѣмъ не менѣе признаетъ ее наказуемой,[71]) наконецъ тѣми, кто примѣняетъ объективный масштабъ предвидимости не въ качествѣ ограничивающаго отвѣтственность принципа.

Основную ошибку общепринятаго ученія о винѣ *Фернекъ*[72]) усматриваетъ въ отождествленіи правовой вины съ нравственною, въ недостаточномъ вниманіи къ значенію внѣшняго событія, въ привлеченіи психологическаго матеріала, отсюда невозможность найти моментъ вины въ безсознательной неосторожности и подчинить ее родовому понятію вины, охватывающему и умыселъ; отсюда же оперированье съ субъективными масштабами, подраздѣленіе вины на два вида и нѣкоторые другіе неправильные выводы и затрудненія господствующей теоріи. Право, по мнѣнію Фернека, не можетъ и не должно считаться съ индивидуальными особенностями; будучи общей формулой, правовая норма требуетъ поведенія, представляющагося государству нужнымъ или желательнымъ въ интересахъ цѣлаго[73]), наказаніе, какъ и право, должно служить выполненію этой задачи. Право основано на солидарности, а не на индивидуализмѣ; въ существѣ права лежитъ обобщать, нивеллировать, объективировать. Нельзя помѣщать вину въ индивидѣ: часто все дѣло въ ситуаціи, и на ея счетъ, а не на счетъ личности можно отнести дѣяніе въ первую очередь. Постоянный элементъ наказанія, при измѣнчивости его формъ, Фернекъ видитъ, какъ и Фейербахъ, въ исполненіи зла, которымъ угрожалъ законодатель Уже отсюда вытекаетъ невозможность для Фернека обосновать вину при negligentia, какъ это не удалось и Фейербаху, такъ какъ этотъ видъ неосторожности меньше всего совмѣстимъ съ теоріей психологическаго принужденія. И дѣйствительно, по Фернеку, угроза должна найти доступъ къ психикѣ личности· представленіе зла должно ассоціироваться въ психикѣ того, къ кому относится норма, съ представленіемъ о послѣдствіи поведенія. Отсюда, казалось бы, слѣдуетъ, что необходима наличность представленія о послѣдствіи, и Фернеку нужно было бы установить ее при negligentia; въ этомъ и заключается вся трудность вопроса, между тѣмъ Фернекъ находитъ, что для наказуемости нужна *возможность* предвидѣнья. Предвидимость у него и есть единственная форма вины[74]), при томъ предвимость не для даннаго субъекта, а вообще. Здѣсь Фернекъ забываетъ о теоріи Фейербаха и возвращается къ своимъ исходнымъ, указан-

---

71) См. напр. Wharton, I, § 126: прежде Beling, Grundzuge (1905), 63.

72) Die Idee der Schuld, особ стр. 40, слѣд.

73) Сходно уже раньше Liepmann, Einleit., 144.

74) Op. c., 52. Но, если кромѣ того было и желаніе результата, наказаніе увеличивается (ibid.).

нымъ выше положеніямъ: право считается съ общей предвидимостью, пресумируя, что результаты, вообще предвидимые, предвидимы и для индивида; если же по исключенію это не такъ, то наказываютъ за невѣдѣнье, за отступленіе отъ средняго уровня. Фернекъ ссылается на другія пресумціи, напр., пресумцію вмѣняемости въ зависимости отъ возраста, и въ сущности приглашаетъ возвратиться къ періоду, давно пережитому уголовнымъ правомъ, чуть ли не къ эпохѣ объективной отвѣтственности [75]), именно, когда Фернекъ указываетъ на потребность массы въ удовлетвореніи и возмездіи и по отношенію къ причинившему вредъ по невѣдѣнью [76]); „глупаго и безтолковаго не только жалѣютъ, но и бранятъ", говоритъ Фернекъ, не задаваясь вопросомъ, насколько это справедливо Если онъ ссылается на слова Іеринга, что законы въ сущности не что иное, какъ средство постоянной борьбы съ человѣческой глупостью, и на то, что умышленныя дѣянія часто основаны на томъ же недостаткѣ, то забываетъ, что кромѣ того субъектъ въ умышленномъ дѣяніи вскрываетъ другія черты личности, которыя именно свидѣтельствуютъ о его преступномъ настроеніи; напротивъ, неразвитіе, непониманіе того, что понимаютъ другіе, не служитъ выраженіемъ послѣдняго; идя по пути, предлагаемому Фернекомъ, приходилось бы наказывать и невмѣняемыхъ.

Какъ указано, по существу того же взгляда придерживаются тѣ, кто, въ отличіе отъ господствующей теоріи, опредѣляетъ возможность предвидѣнья *объективнымъ* масштабомъ, [77]) а также криминалисты, устанавливающіе его лишь для отвѣтственности лицъ, отъ которыхъ требуются спеціальныя свѣдѣнья: субъекта снова караютъ за то, что его ин-

---

75) Ср. Köhler, 125.

76) Sauvard, 139, также находитъ, что такова точка зрѣнія общества. Сходно Tosti, 127, слѣд., считающій наказаніе полезнымъ въ интересахъ удовлетворенія общества и потерпѣвшаго и предотвращающимъ самосправу, и усматривающій въ неосторожности difetto di facoltà intellettive dell'agente (84, см. стр 80 certa inferiorità psichica).

77) Такъ, кромѣ указываемыхъ въ текстѣ, Berner, Lehrb 129 (если бы считаться съ индивидуальными способностями, общество не могло бы существовать); Prins № 313 (субъективныя свойства вліяютъ лишь на *размѣръ* вины, 311), Miřička, 169; Пусторослевъ, 332, 333, Колоколовъ, l. c, 404, Sauvard, 37, 38, который опирается на невозможность установить, былъ ли предвидимъ результатъ именно для даннаго лица; рѣшеніе вопроса сведется къ тому, можно ли было вообще предвидѣть (ср. выше здѣсь, прим. 28) О практически небольшомъ значеніи вопроса о субъективной предвидимости, въ виду того, что до суда доходятъ болѣе яркіе случаи небрежности, а обвиняемые обладаютъ достаточнымъ развитіемъ, Kriegsmann въ Z. 34 т, стр. 759.

теллектуальный уровень ниже средняго, хотя въ этомъ можно видѣть несчастье, но не вину. Если Липманъ [78]) защищаетъ объективную мѣрку, опираясь на то, что право не можетъ понижать своихъ требованій до уровня тѣхъ, кто до нихъ не дорось, но должно возвысить такихъ людей до своихъ требованій, то, несмотря на правильность этой мысли, отсюда вытекаетъ необходимость широкихъ мѣръ управленія, но не наказанія, которое, конечно, не сообщитъ недостающихъ свѣдѣній, не расширитъ кругозора [79]) и менѣе всего пригодно именно въ случаяхъ, когда незнаніе, неразвитіе являются источниками неосторожности. [80]) Школы, лекціи, но не тюрьма или штрафъ, могутъ дать здѣсь благопріятные результаты Наказаніе не только несправедливо, что отчасти признаетъ и Липманъ, [81]) но и нецѣлесообразно.

Отсутствіе вины въ дефектѣ интеллекта побуждаетъ нѣкоторыхъ сторонниковъ объективнаго масштаба искать ея въ стадіи, предшествующей неосторожному дѣйствію: такъ, Таганцевъ, Франкъ, Экснеръ полагаютъ, [82]) что вина врача, архитектора или другого спеціалиста заключается не въ томъ, что онъ не зналъ правилъ, принятыхъ въ его спеціальности, а въ томъ, что онъ взялся за дѣло не имѣя надлежащихъ свѣдѣній, за дѣло, до котораго онъ не дорось, т. е. въ извѣстномъ поступкѣ. Но тогда субъектъ подлежалъ бы наказанію именно за это, [83]) напримѣръ, за фактъ опериро-

78) Liepmann, Einleitung, 146,

79) Ср. Kriegsmann, l. c., 758 (пустая надежда, что глупаго научитъ понесенный вредъ); Exner, 187 (безполезно приказывать, чтобы человѣкъ былъ умнѣе); даже Tosti, 108 (плохо построившій мостъ повторитъ свои ошибки и послѣ нѣсколькихъ мѣсяцевъ заключенія).

80) Она можетъ однако вытекать и изъ *разсѣянности, неловкости;* въ этомъ отношеніи все ученіе объ интеллектуальномъ дефектѣ слишкомъ узко.

81) успокаивая себя тѣмъ, что summum jus summa injuria. Ср. въ этомъ смыслѣ (ниже, прим.) Баръ и Фернекъ.

82) Frank, 145; Exner, 187, 188; Таганцевъ, I, 619; Meyer-Allfeld, § 26, пр. 12. Объективный масштабъ они примѣняютъ къ неосторожности спеціалистовъ.

83) Kohlrausch, 212; H. v. Ferneck, 29; 30, который приводитъ съ своей стороны любопытный доводъ: лучше, чтобы кто-либо незаслуженно пострадалъ, чѣмъ, чтобы сгало общимъ правиломъ залечивать пациента до смерти.

ванья, между тѣмъ его карають за причиненіе вреда при операціи; да и эта отвѣтственность за самый фактъ предполагаетъ, что приступающій къ данному дѣлу, требующему спеціальныхъ свѣдѣній, зналъ,[84]) что ими не располагаетъ; но этого большей частью именно не будетъ, такъ какъ спеціалистъ окажется непригоднымъ для оперированья и т. п неожиданно для себя, въ виду невѣдѣнья новыхъ пріемовъ хирургіи или осужденія старыхъ; вина свелась бы опять-таки къ несовершенствованію въ данной отрасли, къ непріобрѣтенью новаго научнаго фундамента, что часто не зависитъ однако отъ личности.[85]) Возможно, далѣе, что лицо, вооруженное всѣми необходимыми свѣдѣньями въ своей спеціальности, допускаетъ ошибку, вслѣдствіе минутной небрежности, случайной разсѣянности, неожиданнаго упадка духа или же необычной для него торопливости. Въ такихъ случаяхъ, очевидно, нельзя усматривать вину въ томъ, что лицо взялось за дѣло, не имѣя надлежащей подготовки.

5. Еще дальше въ область прошлаго переноситъ вину *Баръ*, также сторонникъ объективнаго масштаба: именно, ко времени, когда слагался характеръ; *наказываютъ* за то, что индивидъ не воспиталъ въ себѣ лучше знанія и внимательности, *за проявленіе невыработаннаго, невнимательнаго къ другимъ характера.*[86]) Но эта точка зрѣнія, которую Баръ стремится искусственными пріемами примирить съ принятыми въ дѣйствующемъ правѣ положеніями о наказуемой неосторожности, означаетъ въ сущности оставленіе принципа: „наказаніе лишь при наличности вины“ и вступленіе на путь,

84) по Exner'у, чтобы могъ познать.

85) Ср. Liepmann, 147, который приводитъ однако этотъ примѣръ въ доказательство необходимости наказанія вообще независимо отъ личныхъ свойствъ субъекта дѣянія.

86) Bar, II, § 233. Сходно Kraus, M Crim. psych., 1912 (IX, H. 6) 321, слѣд., особ. 339, и еще раньше Thyren, Abhandl., II, 53, слѣд. Тезаї, сводя, подобно Exner'у, непоявленіе представленія къ дефекту чувства, отъ такихъ случаевъ, указывающихъ на *предрасположеніе* (Disposition) къ опредѣленному реагированью на представленія и имѣющихъ симптоматическое для личности значеніе, отличаетъ другіе, въ которыхъ недостатокъ чувственнаго тонированія объясняется рѣдкостью представленій (Z. 32, 407).

указываемый крайними позитивистами: неосторожную личность наказываютъ потому, что она *непригодна* для общественной жизни[87]) или же *опасна* для общества,[88]) или потому, что *настроеніе* ея *асоціально*.[89]) При отсутствіи у субъекта представленія о запрещенномъ результатѣ, все-таки остается невозможнымъ связать его съ психическимъ укладомъ личности: каковъ бы результатъ ни былъ, дѣяніе можетъ быть не болѣе, чѣмъ симптомомъ одного и того же недостатка характера; значеніе различныхъ составовъ неосторожныхъ деликтовъ и обусловливаемое этимъ различіе въ наказаніи противорѣчатъ въ такомъ случаѣ основной идеѣ теоріи: единственно послѣдовательнымъ представляется выводъ объ одинаковой наказуемости всѣхъ внѣшнихъ проявленій неосторожнаго характера и о наказуемости только при условіи, если дѣяніе имѣло своимъ источникомъ именно характеръ, т. е. постоянныя психическія свойства субъекта; отдѣльный неосторожный поступокъ со стороны лица вообще предусмотрительнаго не долженъ былъ бы влечь репрессіи, вопреки нынѣ дѣйствующему праву. Баръ однако самъ указываетъ, что и самый хорошій человѣкъ не застрахованъ отъ неосторожности въ отдѣльномъ случаѣ, а съ другой стороны признаетъ двойную несправедливость наказанія: во-первыхъ въ зависимости отъ тяжести послѣдствій дѣянія и во-вторыхъ за свойства характера, который представляетъ продуктъ не только воли личности, ея работы надъ собою, но и постороннихъ обстоятельствъ.[90]) Наказуемость неосторожныхъ деликтовъ въ итогѣ, и по мнѣнію Бара, диктуется практическими соображеніями необходимостью охраны правовыхъ благъ при современномъ обиліи различныхъ техническихъ средствъ, требующихъ особливаго вниманія и бережнаго отношенія, во избѣжаніе вредныхъ послѣдствій, и затѣмъ — необходимостью дать удовлетвореніе потерпѣвшему и въ болѣе важныхъ случаяхъ неосторожно причи-

---

87) Въ этомъ смыслѣ Kraus, l. c., 335, слѣд.

88) См напр. Florian, I, 341 — 343; Angiolini (см. ниже).

89) Такъ Liszt, 163, пр. 5, поясняя неосторожность — равнодушіе въ отношеніи требованій соціальной жизни.

90) Bar, II, 450, 445, 446.

неннаго вреда нѣсколько загладить произведенное имъ на общество впечатлѣніе. Это доводы, которыми пользовались, отчасти до Бара, отчасти одновременно съ нимъ, криминалисты, отрицающіе въ неосторожности вину воли, по крайней мѣрѣ въ общепринятомъ смыслѣ, и усматривающіе въ ней вину или дефектъ разума,[91]) или же находящіе возможнымъ наказаніе и при отсутствіи вины, нѣкоторые — по исключенію,[92]) отчасти въ видѣ уступки живущей въ массѣ идеѣ возмездія[93]) въ вульгарномъ смыслѣ слова, отчасти въ качествѣ полезнаго „memento“ на будущее, другіе — потому, что вообще не связываютъ наказанія съ виной и кладутъ въ основу репрессіи опасность личности.[94])

Въ этомъ отношеніи интересъ представляетъ теорія *Анджіолини*.[95]) Отбрасывая идею вины[96]) и исходя изъ идеи „опаснаго состоянія“, онъ желаетъ индивидуализировать мѣры борьбы съ неосторожными дѣяніями и упущеніями въ зависимости отъ свойствъ личности и приходитъ къ слѣдующей классификаціи неосторожныхъ субъектовъ[97]). 1) неосторожные, по недостатку нравственнаго чувства, альтруизма, сознающіе непосредственную причину (повидимому, опасность дѣянія) и предвидящіе результатъ; таковы страдающіе заразительными болѣзнями и вступающіе въ бракъ для удовлетворенія сексуальнаго чувства, создающіе потомство, обреченное на медленную агонію; жадные коммерсанты, продающіе поддѣльные вредные для здоровья товары; домовладѣльцы, сдающіе антигигиеничныя квартиры; промышленники, экономящіе на устройствѣ фабрикъ, не вводящіе новѣйшихъ пріемовъ предотвращенія опасностей, которыя угрожаютъ рабочимъ и т. п.; 2) сознающіе непосред-

---

91) Такъ Альмендингенъ, Фернекъ, Тости и въ сущности Липманъ (см. выше).

92) Такъ, Kohlrausch, Reform, I, 209, полагаетъ возможнымъ сохранить наказуемость «unbewusste Fahrlassigkeit» по уголовно-политическимъ соображеніямъ.

93) Sauvard, Tosti (выше).

94) См. выше, прим. 88. Ср также Hertz, Unrecht, 159—164.

95) Dei delitti colposi.

96) стр. 73.

97) ор с, глава V.

ственную причину, но нарушающіе спеціальныя обязанности, по неопытности или незнанію, напр.: врачи, инженеры, совершающіе профессіональныя ошибки; 3) неосторожные, вслѣдствіе дефекта механизма вниманія или способности ассоціаціи идей; таковы часто охотники, кучера, шоферы, велосипедисты; они сознаютъ дѣяніе (causa), но не предвидятъ результата; 4) причиняющіе неосторожно вредъ, подъ вліяніемъ окружающей среды, вслѣдствіе физическаго или умственнаго переутомленія, напр.: желѣзно-дорожные служащіе, фабрично-заводскіе рабочіе; они не сознаютъ и самого дѣянія Послѣдняя категорія не представляетъ опасности, и отвѣтственности должны подлежать лица, стоящія во главѣ предпріятій. Въ отношеніи первыхъ трехъ категорій Анджіолини рекомендуетъ отчасти значительную денежную пеню [98]) (для первой и второй группы и для третьей въ особо важныхъ случаяхъ), отчасти мѣры безопасности [99]): запрещеніе профессіи, интернированіе въ больницахъ, установленіе строгихъ условій для выдачи разрѣшеній на право охоты, на право управленія автомобилемъ, наконецъ—денежное удовлетвореніе потерпѣвшихъ [100]).

Теорія Анджіолини имѣетъ въ виду не обоснованіе отвѣтственности за неосторожность, какъ она опредѣляется въ дѣйствующихъ кодексахъ, а существенную реформу въ этой области. Поэтому и приведенная классификація не соотвѣтствуетъ дѣйствующему праву; она не охватываетъ тѣхъ лицъ, у которыхъ неосторожность не имѣетъ постояннаго источника [101]), за исключеніемъ ненаказуемой четвертой группы. Эта теорія, далѣе, вообще односторонняя: такъ, Анджіолини относитъ всѣ профессіональныя ошибки или къ незнанію и неопытности, или же еще къ недостатку механизма

---

98) Денежная пеня должна при томъ поступать въ особыя кассы, откуда должны выдаваться пособія жертвамъ неосторожности.

99) гл. VII.

100) Анджіолини отвергаетъ принципіальную разницу между наказаніемъ и возмѣщеніемъ вреда (стр. 47). Анджіолини рекомендуетъ еще и другія превентивныя мѣры (sostitutivi penali), напр. пересмотръ постановленій о бракѣ, о родительской власти (гл. VIII).

101) См. впрочемъ, его возраженіе Magri (21 стр.).

вниманія, тогда какъ онѣ могутъ вызываться и другими случайными причинами[102]). Наконецъ классификація Анджіолини охватываетъ и такихъ субъектовъ, которые дѣйствуютъ умышленно и совершаютъ delicta sui generis· напр., не соблюдаютъ установленныхъ правилъ строительнаго, фабричнаго, медицинскаго уставовъ (первая группа)[103]).

IV. Таковы въ основныхъ чертахъ теоріи, которыя выдвигались въ наукѣ отчасти въ подкрѣпленіе господствующей, отчасти вмѣсто нея. Ни одной изъ нихъ не удалось перекинуть мостъ между психикой субъекта при несознаваемой неосторожности и тѣмъ результатомъ, который запрещенъ закономъ и въ зависимости отъ наступленія и важности котораго и опредѣляется наказаніе. Говорить ли объ отдѣльномъ волевомъ актѣ, или понимать вину шире· въ смыслѣ настроенія личности, не соотвѣтствующаго требованіямъ права, нельзя ни отдѣльное проявленіе воли[104]), ни настроеніе квалифицировать, какъ преступное[105]), если только къ неосторожности этого вида не относить случаевъ, принадлежащихъ къ области luxuria. Это смѣшеніе, какъ было указано, не разъ наблюдается въ литературѣ вопроса· оперируютъ съ примѣрами, въ которыхъ субъектъ не только могъ бы имѣть, но дѣйствительно имѣетъ представленіе о возможности результата, хотя бы и очень отдаленной, такой, вѣроятность осуществленія которой въ его глазахъ весьма незначительна[106]), и нѣтъ ничего удивительнаго, если ока-

---

102) См. выше, 361. Это признаетъ въ другомъ мѣстѣ и самъ Анджіолини (см. пред. примѣч.).

103) Справедливыя возраженія по этому поводу у Manzini, II, 50. Противъ Анджіолини также Tosti, 124 усматривающій въ его классификаціи просто фантазію.

104) Такъ уже Stubel, l. c., Hertz, l. c. Schmitt (88) и Kohler (15, пр. 1) указываютъ и нѣкот. друг. Нынѣ такъ Kohlrausch, l. c., Ferrao, Lanza (см. у Tosti, 107); H. Gross, въ Arch Krim. Anthrop. 1906 (26 т.), 77—79

105) Дѣйствіе не представляетъ слѣдствія «d'un impulso antigiuridico», говоритъ Puglia (цитировано по Tosti, 116).

106) Кромѣ указаній выше (см стр. 347,353) см. также примѣры у Дона (Z., 32 т., 323 мастеровой обмакнулъ кисть въ негашенную известь и брызнулъ въ лицо противнику, сознавая опасныя свойства извести), у Tesaï'a (Z. 32 т , 408 шоффферъ слишкомъ поздно прибѣгъ

зывается тогда возможнымъ поставить предпринимаемое дѣяніе въ вину личности, проявившей легкомысліе, самонадѣянность, недостатокъ интереса къ чужому благу, извѣстное равнодушіе, ставившей удовлетвореніе своего каприза, эгоизма, скупости, жадности, хвастливости или удальства такъ высоко, что изъ-за этого не дооцѣнивала опасности, не дала себѣ труда взвѣсить болѣе тщательно шансы благополучнаго исхода своего поступка. Но вопросъ относится не къ такимъ случаямъ, а къ другимъ: допустимъ, женщина поставила тяжелый вазонъ на подоконникъ при поливкѣ цвѣтовъ и на минуту отлучилась, чтобы помочь сосѣдкѣ поднять тяжелую ношу по лѣстницѣ, оставивъ открытой дверь и не обративъ вниманія на то, что произойдетъ сквознякъ и вазонъ можетъ быть сброшенъ на улицу; вазонъ дѣйствительно упалъ и изувѣчилъ прохожаго; ученый вышелъ въ другую комнату за книгой и въ поискахъ ея забылъ объ оставленной въ кабинетѣ, среди вороха рукописей догоравшей свѣчѣ,—произошелъ пожаръ; переутомленный машинистъ не замѣтилъ поданнаго стрѣлочникомъ сигнала о поврежденіи пути, поѣздъ потерпѣлъ крушеніе; разсѣянный прохожій автоматически бросилъ окурокъ сигары, не замѣтивъ проходившей рядомъ дамы въ тюлевомъ длинномъ платьѣ,—оно загорѣлось, дама получила ожоги; врачъ, взволнованный полученной телеграммой о тяжкой болѣзни сына, продолжаетъ работать и съ обычной для него тщательностью исполняетъ безукоризненно свои обязанности въ

къ тормазу, упустивъ, что на мокрой мостовой на поворотѣ улицы остановить автомобиль труднѣе; онъ сознаетъ однако, что ѣдетъ быстро и его запозданіе слѣдуетъ отнести къ самонадѣянности), у Prins'a (№№ 313 и 314: faute sans prévoyance, когда кто-либо шутя угрожаетъ другому оружіемъ, считая его не заряженнымъ; faute avec prévoyance, когда играетъ оружіемъ, зная, что оно заряжено; но и въ первомъ случаѣ субъектъ представляетъ себѣ хотя бы отдаленную возможность своей ошибки, но не даетъ себѣ труда провѣрить, разряжено ли оружіе); Stooss'a, § 26 (ученый, дѣлавшій опытъ надъ бациллами чумы, не принимаетъ мѣръ предосторожности; едва ли можно отрицать, что онъ сознаетъ опасность); см. еще Exner, 211 (примѣръ съ альпинистомъ, срывающимся въ пропасть); см. далѣе справедливое замѣчаніе Angiolini (23) по поводу односторонности Alimena и его примѣровъ. См. еще Gross, l. c.

теченіе дня, но вдругъ, вслѣдствіе мелькнувшей мысли о судьбѣ сына, забываетъ проставить еще одинъ нуль въ прописываемомъ рецептѣ при дозированіи сильно-дѣйствующаго вещества десятичной дробью; мало знающій провизоръ не замѣчаетъ ошибки и отпускаетъ лекарство,—пацiентъ платится своею жизнью, кассиръ учрежденія, торопясь сдать деньги въ банкъ, забываетъ ключъ въ конторкѣ, гдѣ лежитъ заряженный револьверъ, восьмилѣтній мальчикъ служителя, убирающаго комнату въ отсутствіи кассира, открываетъ конторку, прикасается къ собачкѣ револьвера, и выстрѣлъ убиваетъ его или служителя. Мысль о каждомъ изъ этихъ послѣдствій не проходитъ даже по поверхности сознанія; нѣтъ представленія и о тѣхъ обстоятельствахъ, при болѣе тщательномъ взвѣшиваніи которыхъ опасность дѣйствія выступила бы ярче, напр. о свѣчѣ, горящей среди вороха бумаги, о вѣтрѣ, способномъ опрокинуть вазонъ, о сигналѣ стрѣлочника, о горящемъ окуркѣ и близости легко воспламеняющагося предмета, объ открытой конторкѣ съ находящимся въ ней заряженнымъ револьверомъ, о слишкомъ большой дозѣ въ рецептѣ. Наказаніе въ такихъ случаяхъ примѣнялось бы не за проявленія преступнаго настроенія или вину воли въ общепринятомъ смыслѣ, а за проявленія разсѣянности, незнанія, торопливости, независимо отъ послѣдующихъ результатовъ. Но, если дѣйствующее право не знаетъ такихъ деликтовъ и если нельзя себѣ ихъ представить и въ будущихъ кодексахъ, то гдѣ же основаніе для наказуемости несознаваемой неосторожности? Стоя на почвѣ принципа „уголовная отвѣтственность только при наличности вины“, эту отвѣтственность здѣсь слѣдуетъ просто отвергнуть. Если вникнуть глубже въ нѣкоторыя замѣчанія сторонниковъ субъективнаго масштаба, то въ сущности и съ ихъ точки зрѣнія долженъ получиться тотъ же выводъ: если при оцѣнкѣ возможности предвидѣнья принимать въ расчетъ всѣ особенности конкретнаго случая, въ томъ числѣ психическое состояніе личности въ его цѣломъ, напр. волненіе, переутомленіе, упадокъ духа, интеллектуальный уровень[107]), то rebus sic stantibus придется отвергнуть въ при-

107) См. Frank, Liszt, Stoos, l. c. Exner, 203 и выше здѣсь, прим. 23.

веденныхъ примѣрахъ возможность для женщины, ученаго, машиниста, курильщика, врача, провизора предвидѣть результатъ, и эти случаи окажутся ненаказуемыми просто по отсутствію неосторожности; но тогда едва ли остается мѣсто для несознаваемой неосторожности, и оставалось бы этотъ видъ ея изгнать изъ законодательства и науки. Но при меньшей конкретизаціи случая, т. е тогда, когда не считаются съ нѣкоторыми личными свойствами и ихъ отраженіями въ разсматриваемомъ дѣяніи, сохраняетъ свое значеніе поставленный выше вопросъ. на что опирается наказуемость этого вида неосторожности, если въ ней нельзя найти моментъ вины. Конечно, и этотъ вопросъ не вызываетъ затрудненій, при незыблемости принципа субъективной отвѣтственности, и въ самой постановкѣ этого вопроса заключается внутреннее противорѣчіе. Если нѣтъ вины, конечно, наказуемость исключается. И, если тѣмъ не менѣе стараются найти другое основаніе ея ученые не только крайняго оттѣнка соціологическаго направленія, но и другихъ лагерей, то этимъ подвергается сомнѣнію уже правильность самого указаннаго принципа; рѣчь идетъ уже не объ одной неосторожности, а объ устояхъ всего современнаго уголовнаго права; вопросъ о наказуемости несознаваемой неосторожности становится пробнымъ камнемъ для испытанія всей господствующей доктрины, строящей уголовную отвѣтственность на винѣ. Брешь, которая пробивается въ зданіи общепринятаго ученія допущеніемъ наказуемости такой неосторожности и безъ вины, открываетъ широкій доступъ противоположному теченію въ наукѣ, которое вообще игнорируетъ этотъ моментъ и считаетъ вину и элементъ порицанія въ наказаніи вредными предразсудками. Пусть въ несознаваемой неосторожности нѣтъ вины, но репрессія ея полезна или даже необходима для охраны правовыхъ благъ, при современномъ развитіи техники, распространенности механическихъ двигателей, при современномъ темпѣ оборота, въ вѣкъ пара и электричества [108]). Обществу нужно охранить себя отъ тѣхъ, кто не въ состояніи приспособиться къ окружающимъ условіямъ, и наказаніе сослужитъ и здѣсь свою службу.

---

108) См., напр , Sauvard, 123, 124.

Но такъ ли это? Уже тѣ возраженія, которыя посылаетъ одна теорія неосторожности другой по поводу достижимости различныхъ цѣлей наказанія, вызываютъ сомнѣнія въ цѣлесообразности его вообще при negligentia. Ближайшее разсмотрѣніе этихъ цѣлей подкрѣпляетъ этотъ отрицательный выводъ. Если исходить изъ идей *возмездія* и *общаго предупрежденія*, то нельзя не отвергнуть предупредительнаго значенія карательной угрозы для лицъ, готовыхъ совершить безсознательную неосторожность вмѣстѣ съ представленіемъ о результатѣ предпринимаемаго дѣянія имъ чуждо и представленіе о связанныхъ съ нимъ карательныхъ послѣдствіяхъ; они поэтому безсильны удержать отъ дѣянія. Отпадаетъ значеніе и правовой отрицательной оцѣнки; ея не существуетъ въ глазахъ такого субъекта. О возмездіи можетъ идти здѣсь рѣчь только, если ему придавать смыслъ простой, хотя бы не заслуженной реакціи на причиненный вредъ; но эта точка зрѣнія не только осуждена наукой, но не встрѣчаетъ сочувствія и въ культурныхъ слояхъ населенія; законодатель не можетъ опираться на нее въ угоду, можетъ быть, вспыхивающимъ подчасъ и въ современномъ обществѣ чувствамъ мести или безотчетнаго раздраженія, требующимъ наказанія лица, которое создало несчастье, не разбираясь въ его виновности. Только такія чувства могутъ взывать о наказаніи ученаго, врача, машиниста и т. д. въ приведенныхъ выше примѣрахъ. Если нужно возмездіе въ этомъ грубомъ смыслѣ, которое оно имѣло въ давно пережитую эпоху объективной отвѣтственности, то не болѣе ли тяжкимъ возмездіемъ, чѣмъ нѣсколькомѣсяцевъ тюрьмы, будетъ то сожалѣніе, а иногда и горе[109]), которыя надолго отравятъ существованіе невольныхъ виновниковъ[110]) чужой бѣды, а иногда вмѣстѣ съ нею и своей, когда, напримѣръ, вазонъ убилъ сына той женщины, въ огнѣ погибъ многолѣтній трудъ ученаго, машинистъ самъ.

---

109) Это признаетъ и Hippel, Z. 31 т., 592, хотя настолько убѣжденъ въ правильности господствующей доктрины, что попытки ея обоснованія считаетъ излишнимъ упражненіемъ (M. Crim. psych. 1913—X, H. 2., стр. 97). См. еще Bar, II, § 249, Alimena (Sauvard, 1).

110) употребляя это слово въ смыслѣ «учинителей».

получилъ увѣчье, врачъ потерялъ часть практики, провизоръ лишился мѣста. Причиненный вредъ часто мститъ за себя самъ, и лица, стоящія вообще ниже средняго уровня, обычно отстраняются отъ многихъ отраслей дѣятельности помимо государственнаго вмѣшательства, въ силу соціальной непригодности, и несутъ неповинно возмездіе за свойства своей личности. Такія лица и субъекты такихъ неосторожныхъ деликтовъ, какъ только что приведено, нерѣдко вызываютъ только состраданіе [111]) и сочувствіе въ культурной части общества, даже со стороны близкихъ потерпѣвшаго, которые подчасъ сами стараются выгородить какънибудь виновника ихъ несчастья, избавить его отъ уголовной отвѣтственности, не способной дать имъ удовлетворенія, вознаградить за понесенную утрату. Правда, бываютъ болѣе рѣзкіе случаи бьющей въ глаза неосторожности [112]), но они обыкновенно снова относятся къ luxuria; уже близкая вѣроятность результата свидѣтельствуетъ, что и у субъекта было представленіе по крайней мѣрѣ о нѣкоторой возможности вреда; если же такого представленія не было и при этой обстановкѣ, то это слѣдуетъ приписать такому психическому состоянію личности временному или длящемуся (напр. испугу, крайнему невѣжеству), что возмездіе также было бы неумѣстнымъ, и могъ бы возникнуть вопросъ о невмѣняемости или объ уменьшенной вмѣняемости субъекта.

Недостижимы и цѣли спеціальнаго предупрежденія, кромѣ элиминаціи Понесенное наказаніе не можетъ быть предостереженіемъ, урокомъ на будущее [113]) и для того, кто уже разъ поплатился за неосторожность: предпринимая новое дѣяніе онъ все-таки не сознаетъ ни его опасности, ни предстоящаго вреда, ни связаннаго съ нимъ горькаго опыта, развѣ бы новое дѣяніе было тождественнымъ съ прежнимъ;

---

111) Это признаетъ даже Tosti, 119.

112) Ихъ собственно имѣетъ въ виду Bar, II, 445, и § 249, въ другихъ случаяхъ склоняясь къ признанію достаточнымъ гражданскаго удовлетворенія. Въ Норвегіи и Англіи карается именно грубая неосторожность (см. V. D. III, 398, 437); до суда доходятъ именно такіе случаи и въ другихъ странахъ (см выше, прим. 77).

113) Такъ Альмендингенъ, Кольраушъ (Denkzettel), l. c.

но и въ послѣднемъ, мало вѣроятномъ, случаѣ воспоминанія объ уже послѣдовавшемъ разъ вредѣ достаточно, чтобы удержать отъ дѣянія, независимо отъ ассоціаціи его съ наказаніемъ. Что касается исправленія, т. е. приспособленія къ жизни на свободѣ, то объ этомъ не мечтаютъ и защитники наказуемости negligentia· современная карательная система не изобрѣла средствъ для устраненія дефектовъ ассоціаціи идей, механизма вниманія, или спеціальнаго образованія [114]).

Остается элиминація, но она предполагаетъ опасность субъекта, между тѣмъ во многихъ случаяхъ нельзя ее констатировать [115]). Нѣтъ ни опасности, ни антисоціальнаго или асоціальнаго настроенія, ни соціальной непригодности ни у ученаго, ни у врача, ни у женщины. спѣшившей оказать услугу сосѣдкѣ. Напротивъ, это люди другого, полезнаго для общества этическаго, а то и умственнаго уклада: женщина отзывчива къ ближнему, ученый искренне преданъ наукѣ, врачъ мужественно относится къ печальному извѣстію и не теряетъ энергіи, успѣваетъ, можетъ быть, облегчить страданія ряду больныхъ, прежде чѣмъ, подъ вліяніемъ момента, дѣлаетъ ошибку. Только, когда дѣяніе или скорѣе бо́льшее число ихъ вскрываетъ длительный источникъ неосторожности, напр. незнаніе, разсѣянность, можно говорить объ опасности, представляемой субъектомъ. Но отчасти государство безсильно бороться съ этимъ—нельзя же требовать долгосрочнаго интернированья разсѣянныхъ, или неловкихъ, или торопливыхъ субъектовъ,—отчасти же можетъ бороться поднятіемъ культурнаго уровня населенія, или также превентивными мѣрами, напр.: повышеніемъ экзаменаціонныхъ требованій, установленіемъ болѣе строгихъ условій для выполненія спеціальныхъ функцій и для выдачи разрѣшеній на тѣ или другія занятія, развлеченія,

---

114) Воспитательное значеніе придаетъ здѣсь наказанію Baumgarten, Verbr. lehre, 122, 123.

115) Ее отвергаетъ Puglia, l. c. См. также Birkmeyer, Studien, 37: съ точки зрѣнія новой школы, неосторожные деликты не должны вызывать наказанія. Напротивъ Beling, Vergelt., 107, и Köhler, Vergelt., 197, полагаютъ, что возможна особая опасность неосторожной личности, и наказаніе должно быть строже. Сходно уже Stubel, l. c. § 37.

при которыхъ можетъ быть легко причиненъ вредъ. Наконецъ, при обнаружившейся на дѣлѣ *непригодности лица къ исполненію спеціальныхъ функцій*, государство можетъ положить предѣлъ продолженію дѣятельности лица въ извѣстной сферѣ, напр: отнять данное разрѣшеніе, *воспретить заниматься опредѣленной профессіей*[116]) до устраненія устранимыхъ дефектовъ, напр. до выдержанія новаго экзамена, или навсегда, напр. если ошибки врача проистекаютъ изъ болѣзненной, постоянной разсѣянности; впрочемъ, въ виду трудности констатировать такое состояніе и слишкомъ тяжелыхъ послѣдствій совершеннаго устраненія отъ спеціальности, предпочтительнѣе высказаться за *срочное* запрещеніе. Но эта мѣра, имѣющая основаніемъ „опасное состояніе", личности констатируетъ ея непригодность въ опредѣленномъ кругѣ соціальныхъ отношеній и не содержитъ элемента неодобренія со стороны правопорядка съ тѣмъ его оттѣнкомъ, который присущъ наказанію и предполагаетъ вину[117]). Запрещеніе профессіональной дѣятельности въ такихъ случаяхъ получаетъ характеръ *мѣры соціальной защиты* Въ этихъ предѣлахъ можно допустить репрессію безсознательной неосторожности[118]). Важное практическое слѣдствіе отсюда состоитъ въ томъ, что дѣйствительное наступленіе вреда можетъ быть признано развѣ лишь условіемъ, но не основаніемъ этой мѣры защиты, условіемъ, ограждающимъ профессіональную дѣятельность отъ лжедоносовъ, отъ стѣснительнаго контроля, отъ произвольнаго вмѣшательства полицейски-судебныхъ органовъ. Степень вреда не должна имѣть значенія. Но для большей твердости вывода объ „опасности" слѣдовало бы для ея признанія установить еще одно условіе: наличность не менѣе двухъ ошибокъ, имѣющихъ одинъ и тотъ же источникъ.

---

116) Ср. наше *Ул.* о нак. ст. 870, 885; 416, п. 9, 351; 1059, п. 1 и 2. Сходно австр. улож. См. Exner, 102. За мѣры защиты (не употребляя термина) уже Stübel, l. c.

117) Признаніе неспособности, отсталости, глупости также собственно роняетъ въ глазахъ другихъ, но не имѣетъ этической окраски.

118) Противъ какой-бы то ни было репрессіи несознаваемой, неосторожности Puglia, l. c.; Tarde на Париж. пенитенц. конгрессѣ 1895 г. (см. Sauvard, 126); Gross, l. c.; Garofalo, 421 (достаточно гражданскаго удовлетворенія).

С. Элементы преступленія (продолженіе). Объективная сторона его.

ГЛАВА XII.

Дѣяніе, упущеніе, причинная связь.

I. Причинная связь дѣянія съ результатомъ, теорія „conditio sine qua non". 1. причинность и виновность; 2. методъ опредѣленія причинной связи; возраженія противъ этой теоріи и ихъ несостоятельность, 3. причинная связь при нѣсколькихъ дѣяніяхъ, 4. причинная связь при деликтахъ, квалифицированныхъ результатомъ. II. Теоріи, различающія условіе (поводъ) и причину, и ихъ неудовлетворительность: 1. различіе условій по ихъ силѣ (теорія Биркмейера); 2. метафизическія теоріи (Колеръ); 3. теорія нарушеннаго равновѣсія положительныхъ и отрицательныхъ условій (Биндингъ); 4. теорія адекватной причинности: a. общая характеристика и оцѣнка, b. субъективный оттѣнокъ (Кризъ); c. объективный оттѣнокъ (Рюмелинъ); d. теорія Трегера, 5. ученіе о перерывѣ причинности (Н. С. Таганцевъ); 6. теорія С. В. Познышева. III. Вопросъ о причиненіи посредствомъ упущенія (delicta commissiva per omissionem): 1. сущность вопроса; 2. основанія отвѣтственности за результатъ при упущеніи; 3 теоріи, признающія причинность упущенія; 4. современная точка зрѣнія.

Литература: Изъ громадной, почти исключительно нѣмецкой, литературы болѣе важны *Buri.* Ueber die Causalitat und deren Verantwortung (1873) и Die Causalitat und ihre Strafrechtliche Beziehungen (1885). *Bar.* Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht (1871) и Gesetz und Schuld, II. *Сергѣевскій.* О значеніи причинной связи въ уголовномъ правѣ. 1880. *Birkmeyer.* Ueber Ursachenbegriff im Strafrecht G. S. 37 т. (1885 г.), 257, слѣд. *Kohler,* Studien, I (1890 г.), 83, слѣд. *Binding,* Normen, I, 113, слѣд. *Thyren,* Abhandlungen, I (1894 г.). *J. v Kries.* Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben въ Vierteljahresschrift fur wissenschaftliche Philosophie XII (1888 г.) 179, слѣд., 287 слѣд., 393 слѣд. и въ Z. IX, 528, слѣд.

Таганцевъ. I. *M. Rümelin.* Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf — und Civilrecht. 1900 (также въ Arch. f. die civilistische Praxis, 90 т., 171 слѣд.). *Träger.* Der Kausalbegriff im Straf—und Civilrecht. 1904 *Radbruch.* Die Lehre von der adäquaten Verursachung. 1902. *Rohland.* Die Kausallehre des Strafrechts. (1903) и въ V. D. I, 348, слѣд. *Hartmann.* Das Kausalproblem im Strafrecht, 1900. *Bierling.* Iuristische Principienlehre, III. *Liepmann.* Einleitung. Къ ц III кромѣ того *Rohland.* Die strafbare Unterlassung. 1887. *Landsberg* Die Kommissivdelicte durch Unterlassung. 1890. *Binding* Normen. II, 224 *Платоновъ.* Ученіе о преступномъ бездѣйствіи. Право. 1901. №№ 41 и 43. *Mentha* Les délits de commission par omission. 1898. См. далѣе указанія въ примѣч. къ настоящ. главѣ. Французскіе и итальянскіе криминалисты касаются вопроса о причинной связи обыкновенно мимоходомъ по поводу compensatio culpae. Интереснѣе другихъ Stoppato, L'evento punibile. Маловажны работы *Guex.* La relation de cause à effets (Lausanne) 1904; *Givanovitch.* Du principe de causalité efficiente etc. 1908 (его же статья въ Z. 30); *Perroni-Ferranti.* Del nesso causale e della sua imputazione. 1888. Gand. Du délit de commission par omission. 1900.

I. Преступленіе съ внѣшней стороны представляетъ собою поведеніе[1]), противорѣчащее требовательнымъ или запретительнымъ нормамъ права. Въ первомъ случаѣ поведеніе выражается въ неисполненіи опредѣленной правовой обязанности, это такъ наз. упущенія, delicta omissionis, напр.: неприписка къ призывному участку, неявка врача по приглашенію тяжко больного. Нарушеніе запретительныхъ нормъ выражается въ положительномъ дѣйствіи, содѣяніи[2]), т. е. въ извѣстномъ тѣлесномъ движеніи, являющемся продуктомъ воли. Во многихъ случаяхъ для нарушенія запрета достаточно одного дѣйствія безъ какого-бы то ни было чувственно воспріемлемаго послѣдствія—результата въ тѣсномъ смыслѣ[3]), напр. при словесной обидѣ, кощунствѣ, непотребствѣ, во многихъ другихъ необходимо наступленіе опредѣленнаго послѣдствія дѣйствіе должно произвести извѣстное измѣненіе во внѣ, напр.: вызвать смерть при убійствѣ, пожаръ при поджогѣ, дѣйствія другихъ лицъ при возбу-

---

1) дѣяніе въ широкомъ смыслѣ.

2) дѣяніе въ тѣсномъ смыслѣ.

3) Извѣстный результатъ есть и при этихъ деликтахъ, но онъ совпадаетъ съ дѣйствіемъ, не отдѣлимъ отъ него, въ этомъ смыслѣ можно признавать, что для каждаго преступленія необходимъ результатъ, какъ находитъ Liszt, § 28-II, 1. См. также выше, стр. 167

жѣніи къ бунту, пред. 129 ст., ч. 2, п. 2 Угол Ул.[4]), при подстрекательствѣ. Волевой актъ можетъ такимъ образомъ воздѣйствовать на неодушевленные предметы или же на психику другихъ лицъ

При деликтахъ этой второй категоріи, или матеріальныхъ, между дѣйствіемъ и результатомъ должно существовать отношеніе причины и слѣдствія, причинная связь. Только при наличности ея результатъ можетъ быть отнесенъ къ дѣйствію даннаго лица, возможно такъ называемое объективное вмѣненіе (imputatio facti), и лишь послѣ того возникаетъ вопросъ о вмѣненіи результата въ вину, о субъективномъ вмѣненіи (imputatio juris)

Въ большинствѣ случаевъ вопросъ о существованіи причинной связи не возбуждаетъ сомнѣній (А. стрѣляетъ съ умысломъ на убійство въ В., пуля попадаетъ въ голову, и В. падаетъ мертвымъ), въ другихъ—рѣшеніе его осложняется: такъ, пуля попала В. въ руку, онъ обратилъ мало вниманія на пораненіе, продолжалъ работать, произошли нагноеніе, зараженіе крови и смерть В.; или врачъ перевязалъ рану грязнымъ бинтомъ, наступили тѣ же послѣдствія; или В. принужденъ былъ изъ-за раны отложить свой отъѣздъ и выѣхать позже другимъ поѣздомъ, при крушеніи котораго и погибъ.

Нѣкоторые изъ подобныхъ случаевъ[5]) интересовали уже римскихъ юристовъ при разрѣшеніи вопроса о гражданской отвѣтственности за причиненный вредъ, согласно lex Aquilia, и особенно средневѣковую и позднѣйшую юриспруденцію. Отчасти подъ вліяніемъ желанія сократить примѣненіе смертной казни за убійство, устанавливались правила, ограничивающія отвѣтственность за причиненіе смерти случаями, когда она наступила не позже, какъ черезъ опредѣленный срокъ послѣ посягательства, создавалась пресумція, что наступленіе смерти по истеченіи срока нельзя отнести къ причиненному повреждению[6]) Въ XVI, XVII, XVIII в. требовали, чтобы дѣяніе было такого

---

4) „если послѣдствіемъ возбужденія было учиненіе тяжкаго преступленія"

5) См. Сергѣевскій, Прич. связь, ч 2, гл. 1; Feuerbach, Lehrb, изд. Mittermaier'a, добавленія послѣдняго, § 209a, Liszt, 135, Таганцевъ, Прест. противъ жизни, I.

6) См также цитаты у Bar'a, II, 194, пр. 52 (lex Saxonum, Ed. Rotharis, обычай Radolphzell, мнѣніе Bonifacii de Vitalinis). Но и у

рода, что результатъ долженъ былъ наступить *необходимо*; если его можно было предотвратить медицинской помощью, отвергалась причинная связь поранения и смерти; устанавливалось различіе между ранами, абсолютно смертельными (letalitas absoluta) и относительно (l. relativa), т. е. способными вызвать смерть въ связи съ другими обстоятельствами, напр. слабымъ тѣлосложеніемъ раненнаго. Противъ этого ученія выступили Штюбель и Фейербахъ[7]). Баварское улож. 1813 г. и нѣкоторыя позднѣйшія (напр., § 134 нынѣ дѣйствующаго австр. улож.) находили нужнымъ особо оговаривать, что связь съ результатомъ сохраняется, хотя бы онъ могъ быть устраненъ врачебнымъ вмѣшательствомъ или хотя бы въ его наступленіи сыграли роль особенности сложенія потерпѣвшаго

Вопросъ о наличности въ такихъ и другихъ, болѣе сложныхъ, случаяхъ причинной связи разрѣшается въ наукѣ различно: одни, различая между условіемъ и причиной, эту связь отвергаютъ, другіе, считая всѣ условія съ точки зрѣнія ихъ причинности равнозначащими, признаютъ ее— *теорія „conditio sine qua non"*, выдвинутая *Бури*[8]), дополненная *Листомъ* и насчитывающая много сторонниковъ[9]).

1. *Изъ признанія причинной связи не слѣдуетъ однако, что результатъ всегда вмѣняется въ вину;* это вмѣненіе предполагаетъ кромѣ причинной связи еще наличность умысла или неосторожности въ отношеніи такого результата, и, если ихъ въ данномъ случаѣ нельзя констатировать, результатъ не вмѣняется. Такимъ образомъ практически обѣ точки зрѣнія приводятъ къ почти (ср ниже) тождественнымъ результатамъ такъ, А. отвѣчаетъ только за покушеніе на убійство въ этихъ случаяхъ, а не за оконченное убійство, все равно, отвергнемъ ли мы причинную связь между выстрѣломъ и смертью В., или же, не отрицая ея, не найдемъ возможнымъ смерть В. вмѣнить въ умышленную вину А. на томъ основаніи, что здѣсь было существенное несовпаденіе дѣйствительной причинной связи съ тою, которую намѣтилъ А., существенная ошибка его относительно теченія причинности.

постглоссаторовъ имѣла значеніе не только непосредственная причина, и признавалось, что „causa causae est causa causati" (ibid. 197, пр. 56).

7) См. Stubel. Ueber den Thatbestand d. Verbrechen (1805 г.) §, 135, слѣд., § 71 слѣд. Feuerbach, Lehrb. (изд. Mitterm.), §§ 208, 209a.

8) въ рядѣ журнальныхъ статей и въ указан. (см. стр. 372) изслѣдованіяхъ.

9) Такъ кромѣ Liszt'a (§ 29), Frank, 20; Stoos, § 29. Колоколовъ, Соучастіе, 33, слѣд; Hartmann, Radbruch, op. c. Halschner, I, 228, слѣд.;

Поэтому часто приводимое противъ этой теоріи возраженіе, будто она безгранично расширяетъ отвѣтственность, [10]) нельзя признать основательнымъ, если только умыселъ понимать въ томъ смыслѣ, какъ въ настоящемъ трудѣ, и не игнорировать различія между осуществленіемъ умысла и исполненіемъ пожеланія [11]).

Напротивъ, эта теорія представляется и теоретически болѣе правильной, и практически болѣе простой и удобной. Дѣйствительно. результатъ вызывается всегда, даже въ простѣйшихъ случаяхъ, цѣлымъ рядомъ условій, и причиной, строго говоря, бываетъ именно сумма всѣхъ условій, дѣйствіе человѣка только одно изъ слагаемыхъ и въ сущности никогда не можетъ быть болѣе, чѣмъ условіемъ [12]), никогда не можетъ быть причиной: если при выстрѣлѣ А. въ В. пуля попала въ високъ и уложила В. на мѣстѣ, то дѣйствіе А.—нажатіе курка—само по себѣ не вызвало смерти В., необходимо было содѣйствіе другихъ условій: воспламененіе пороха, развитіе газовъ въ дулѣ оружія, положеніе, принятое В. въ моментъ выстрѣла, разрушеніе тканей и патоло-

---

Finger, I, 275 слѣд., Janka-Kallina, 62, Beling. Grundzuge, 36, Пусторослевъ, 299 и, повидимому, Сергѣевскій въ учебникѣ, 271. Такъ и райхсгерихтъ въ его уголовн. рѣшеніяхъ.

10) Birkmeyer, GS. 37 т. 256, 257; Lammasch, Grundriss, 30; Bierling, op. c., III, 65, 66; Таганцевъ, I, 663, слѣд. Въ первыхъ своихъ статьяхъ Buri не устанавливалъ ограниченія отвѣтственности и вызвалъ возраженія Гейера. Но затѣмъ Buri подчеркиваетъ необходимость не только Causalzusammenhang, но и Willenszusammenhang (см. Causalitat, 1873 г, 15 и Causal. 1885 г., 4) Для оцѣнки теоріи conditio sine qua non важна именно эта позднѣйшая точка зрѣнія Buri, а не первоначальная, противъ которой продолжаютъ направлять удары Н. С. Таганцевъ, Birkmeyer, отчасти Bierling и др. О несостоятельности возраженія кромѣ сторонниковъ теоріи Buri (Radbruch, op. c., 38, 39) также нѣкоторые другіе (Trager, 76) О колебаніяхъ во взглядахъ Buri —Сергѣевскій, Причин. связь, II, 30, слѣд.

11) Такъ уже Krug. Abhandlungen (3), 59. См. выше стр. 288 Такъ въ сущности и Merkel (Lierm.), 123 и разсужденія Bierling'a на стр. 65, 66, далѣе, Bar. II, 201. Contra Таганцевъ, 666, ср. 579; Hippel, V. D. III, 546.

12) Liszt, Сергѣевскій, Пусторослевъ, l. c; Познышевъ, 320, ср. 318, 319 Поэтому можно говорить о нѣкоторой неточности терминологіи, но не болѣе. Liszt и Пусторослевъ замѣняютъ, первый впрочемъ мимоходомъ, „причиненіе“ (Verursachung) „обусловленностью“. (Veranlassung).

гическіе процессы въ организмѣ потерпѣвшаго. Поэтому требованіе, чтобы дѣйствіе человѣка было причиной результата, привело бы къ безнаказанности какого-бы то ни было, даже самаго очевиднаго преступленія.

Несостоятельно поэтому и другое возраженіе, заключающееся въ томъ, что, если причина сумма всѣхъ условій, то одно изъ условій не есть причина [13]); это возраженіе бьетъ дальше цѣли: очевидно, для уголовнаго права опредѣленіе причинной связи не состоитъ въ отысканіи именно причины результата [14]).

2. Но положеніе не такъ безнадежно: правда, результатъ вызывается суммою всѣхъ условій, но достаточно отбросить одно изъ нихъ, и результатъ не наступитъ, по крайней мѣрѣ въ томъ конкретномъ видѣ, „въ томъ порядкѣ", въ которомъ онъ послѣдовалъ [15]): и безъ выстрѣла А. В. умеръ бы, но смерть наступила бы инымъ образомъ, напр. отъ простуды, отъ разрыва сердца и т. п. [16]) *Каждое условіе одинаково необходимо для наступленія даннаго результата, и, если дѣйствіе человѣка было необходимымъ условіемъ, если при мысленномъ исключеніи его изъ ряда остальныхъ условій, результатъ бы не послѣдовалъ или же послѣдовалъ бы иначе, то этого достаточно для признанія объективной связи послѣдняго съ этимъ дѣйствіемъ* [16 a]), *которую можно назвать причинной связью.* Такъ, если исключить пораненіе В., то смерть его не наступитъ

13) Такъ особенно Birkmeyer, GS. 37 т., 268 и пр 71 на 305, пр. 60 на 298 стр О несущественности возраженія для всей теоріи, (напр. въ изложеніи ея Листомъ), Bierling, III, пр. 3, см. еще Bar, 166; Finger, 280, Meyer-Allefeld, § 28, пр. 5 (мнѣніе Зигварта); Hartmann, 46.

14) Поэтому неправильно требованіе старой доктрины, чтобы условіе было *необходимой* причиной, т. е. вызывающей результатъ сама по себѣ, при какихъ бы то ни было другихъ условіяхъ См. уже Köstlin, Rev. § 132; Finger. Lehrb., I, 283, 284.

15) Въ этомъ смыслѣ Buri, Causalitat (1873), 1, говорилъ, что каждое условіе дѣлаетъ изъ остальныхъ причину.

16) Не имѣетъ значенія даже неизбѣжность результата и безъ даннаго дѣянія. Любопытный случай былъ въ практикѣ райхсгерихта: подожжена была часть строенія, уже объятаго пламенемъ возникшаго независимо отъ того пожара; то обстоятельство, что и подожженная часть непремѣнно сгорѣла бы и безъ поджога, признано не исключающимъ причинной связи дѣйствія обвиняемаго съ уничтоженіемъ этой части поджогомъ имъ вызваннымъ. Hartmann, 7ff.

16 a) Этотъ методъ опредѣленія причинной связи указанъ отчетливо еще до Buri Glaser'омъ, Abhandlungen aus d. oester. Strafrecht. I (1858), 298.

при тѣхъ конкретныхъ особенностяхъ, которыя даны въ выше указанныхъ примѣрахъ—зараженіе при перевязкѣ, гибель при желѣзнодорожной катастрофѣ и т. п., но, допустимъ, В отложилъ свой отъѣздъ не изъ-за пораненія, послѣднее тогда не находится въ причинной связи съ его смертью при крушеніи поѣзда.

Можетъ возникнуть вопросъ, чѣмъ руководствоваться при выборѣ условія, съ которымъ мы ставимъ результатъ въ связь? Почему не поставить его въ связь не съ дѣяніемъ, а съ другимъ условіемъ, напр. съ поворотомъ головы В. въ моментъ выстрѣла, съ болѣзненнымъ состояніемъ В., на почвѣ котораго пуля вызвала нагноеніе, съ размывомъ желѣзнодорожной насыпи? Выборъ условія зависитъ отъ точки зрѣнія изслѣдователя, отъ цѣли ради которой изслѣдованіе производится: отношеніе между смертью В. и его патологическими особенностями можетъ имѣть значеніе для медицинскаго изслѣдованія, для юридическаго же важно отысканіе такого условія, съ которымъ можно связать отвѣтственность, а эта связь мыслима только въ томъ случаѣ, если условіе есть дѣйствіе человѣка[17]). Такимъ образомъ теорія conditio sine qua non не приводитъ къ regressus in infinitum, какъ возражаютъ многіе ея противники[18]), къ отысканію въ прошломъ тѣхъ условій, безъ которыхъ не могли бы существовать интересующія насъ, далѣе—тѣхъ, которыя вызвали эти предыдущія условія и т д до безконечности, напр. къ установленію причинной связи преступнаго результата съ рожденіемъ преступника или съ фабрикаціей или продажей орудія, которымъ учинено преступное дѣяніе. но при многихъ условіяхъ невозможность вины на-

17) См Halschner, I, 228, 229; Finger, I, 278, 279. Напротивъ, Thyren, 27, слѣд.; Liepmann, Einleit., 59, видятъ въ различіи уголовно релевантныхъ условій отъ иррелевантныхъ противорѣчіе принципу равенства условій, который провозглашается Buri и друг. сторонниками этой теоріи. Но послѣдняя настаиваетъ на равенствѣ ихъ *причиннаго* значенія (Halschner, 230; см. также противъ приведеннаго возраженія Trager, 49, 50).

18) Birkmeyer, op. c , 261; Lammasch, 30; Познышевъ, 320. Bar, II, 197. Contra, сходно съ текстомъ Halschner, 232, пр. 1; Hartmann, 68, 69, слѣд., Finger, I, 277, 278.

столько ясна, что приведеніе въ связь съ ними даннаго результата совершенно безразлично для отвѣтственности, и вопросъ объ этой связи совсѣмъ не возникаетъ: такъ, уже сразу очевидно, что ни родители преступника, ни фабрикантъ, ни продавецъ оружія не могутъ быть отвѣтственными за совершенное убійство, такъ какъ въ ихъ дѣйствіяхъ (рожденіе даже не дѣйствіе, не произвольный актъ, а событіе) нѣтъ ни dolus, ни culpa въ отношеніи даннаго лишенія жизни. Но стоитъ измѣнить примѣръ, и положеніе мѣняется: если фабрикантъ изготовилъ адскую машину или продавецъ продалъ револьверъ для совершенія такимъ путемъ опредѣленнаго преступленія, то вопросъ о причинной связи ихъ дѣйствій и этого результата уже не представляется праздным, ибо, при утвердительномъ отвѣтѣ и при установленіи умысла, они также подлежатъ отвѣтственности.

Такой взглядъ на причинную связь не только соотвѣтствуетъ пониманію ея въ логикѣ (Джонъ Стюартъ Милль), но и въ практическомъ отношеніи представляетъ несомнѣнное преимущество: всѣ другія теоріи тщетно стараются выдѣлить изъ массы условій результата такое (условіе *κατ' ἐξοχήν*), которое можно было бы признать причиной послѣдняго, и принуждены или прибѣгать къ искусственнымъ пріемамъ, чтобы устранить непріемлемые выводы, или сходить съ почвы объективной причинности въ сторону субъективнаго представленія о ней лица, совершившаго дѣяніе [19]).

---

19) См. ниже. Впрочемъ, нѣкоторые криминалисты вообще находятъ ненужнымъ и даже невозможнымъ отдѣленіе вопроса о виновности отъ вопроса о причиненіи. Такъ Bar въ прежнихъ трудахъ и въ Gesetz und Schuld, II, 192 Rohland, Causallehre, 40; Liepmann, 59, 60, Бѣлогрицъ-Котляревскій, 191, ставящій вопросъ, когда можетъ результатъ быть вмѣненъ съ точки зрѣнія правовой отвѣтственности и отвѣтъ на это называющій формулой *уголовно-причинной* связи (190). Сходно прежде Сергѣевскій. Прич. связь, I, 63, 68, слѣд По *существу* такъ и Bierling (63, слѣд), весьма сходно съ Liepmann'омъ, оперирующій съ возможностью предвидѣть послѣдствіе, но желающій раздѣлить вопросы о виновности и причинности Тотъ же критерій у Garraud, который различаетъ просто условіе или поводъ (occasion, condition) и причину (cause) причина—дѣяніе, при которомъ существовала возможность предвидѣть результатъ (Traité,I, № 283), такъ и Sauvard, 62—64.

или загромождать ученіе казуистикой, тогда какъ вопросъ о причинной связи разрѣшимъ весьма просто[20]), и, если есть затрудненіе, то въ разрѣшеніи другого вопроса· при какомъ отклоненіи причинности дѣйствительной отъ намѣченной преступникомъ результатъ вмѣнимъ ему въ вину? Этотъ вопросъ принадлежитъ къ субъективной сторонѣ дѣянія и тамъ получаетъ болѣе ясное и вмѣстѣ краткое разрѣшеніе[21]) (см. выше стр. 316, 317)

3. Впрочемъ, нѣкоторые затрудненія и вопросы возникаютъ и на почвѣ теоріи conditio sine qua non, связанные въ особенности съ нѣкоторыми постановленіями современныхъ законодательствъ:

а) такъ, въ ряду условій результата можетъ быть *нѣсколько* дѣяній, напр.: А съ умысломъ на убійство стрѣляетъ въ В, но причиняетъ только легкую рану въ ногу; къ дѣйствію А. присоединяется дѣйствіе врача, наложившаго грязную перевязку, или же В. срываетъ наложенную (чистую) перевязку и продолжаетъ ходить, работать,—рана становится смертельной; или В., вслѣдствіе пораненія, остается въ лѣсу, гдѣ происходило посягательство, и тамъ его убиваетъ бродяга. Каждое дѣйствіе—А., врача, самого В., бродяги—находится въ причинной связи съ результатомъ, но не всѣмъ дѣйствующимъ лицамъ онъ вмѣнимъ въ вину. онъ невмѣнимъ А., ибо у него не было ни умысла, ни неосторожности въ отношеніи даннаго развитія причинности (присоединенія указанныхъ дѣйствій врача, В, бродяги, онъ не могъ предвидѣть и слѣдовательно не могъ на нихъ расчитывать) Смерть В. вмѣнима врачу въ неосторожность, бродягѣ въ умыселъ. Если бы А. сговорился съ бродягой

---

20) Н Д. Сергѣевскій, Пособіе, 274, справедливо приписываетъ осложненіе и запутанность вопроса о причинной связи нѣмецкой доктринѣ, но напрасно посылаетъ этотъ упрекъ именно Бури О схоластической учености авторовъ изслѣдованій о причинной связи также Berner, Lehrb., 117 (ср. 508 стр., гдѣ онъ различаетъ поводъ и причину, не указывая однако критерія) См также замѣчаніе Perroni—Ferranti, op. c., 4.

21) Такъ Janka-Kallina, 62, 63; Beling, Grundzuge, 36; Kohler, Studien, 85; Мокринскій, III, 363; Finger, § 54—VI; Hälschner, l c

(*соучастіе*), то смерть B. подлежала бы вмѣненію въ умыселъ и A. (на дѣйствіе бродяги A. расчитывалъ).

Случаи *соучастія* разсматриваются однако положительнымъ правомъ не какъ причиненіе[22]) черезъ посредство другого, также виновнаго, дѣянія, а какъ участіе въ чужомъ дѣяніи[23]). Поэтому нѣкоторые сторонники теоріи conditio sine qua non находятъ[24]), что въ такихъ случаяхъ (подстрекательства, пособничества, совмѣстнаго совершенія по уговору) de lege lata причинная связь перваго дѣянія (лица A.) прерывается вторымъ дѣяніемъ (B.) и что умышленное дѣяніе другого лица начинаетъ самостоятельную новую причинность, или же полагаютъ, что слѣдуетъ различать физическую и психическую причинность[25]) и что воздѣйствіе на психику другого лица, напр. подстрекательство, интеллектуальное пособничество (сообщеніе свѣдѣній о наиболѣе удобномъ для кражи моментѣ), разсматривается дѣйствующимъ правомъ, какъ поводъ (или просто условіе), а не, какъ причина.

b) Если результатъ вызванъ нѣсколькими *неосторожными* дѣяніями, то причинная связь результата сохраняется съ каждымъ изъ нихъ, но онъ подлежитъ вмѣненію только тому изъ дѣйствовавшихъ субъектовъ, который могъ предвидѣть результатъ (такъ, согласно господствующей теоріи неосторожности): если, напримѣръ, A. побился объ закладъ съ B., что тотъ не выпьетъ сразу бутыль водки, B выпилъ и упалъ мертвымъ, то смерть B. находится въ причинной связи съ дѣяніями обоихъ и вмѣнима A. въ неосторожность[26]); если A. отправилъ оружейному мастеру ружье для

---

22) Подъ словомъ „застрѣлилъ“ не разумѣютъ дѣйствіе того, кто далъ для убійства ружье, говоритъ Merkel (—Liepm), 124.

23) Въ этомъ Liepmann, Einleit., 57, усматриваетъ несоотвѣтствіе теоріи Бури дѣйствующему праву. См. также Allfeld (Meyer-Allfeld), 167, пр. 26.

24) Liszt, 133; Finger, 283; Beling, 39. Contra Janka, 64; Frank, 21.

25) Frank, l. c. Сходно Bierling, III, 56; такую психическую причинность онъ находитъ и при подговорѣ невмѣняемаго (60,61).

26) Buri, Causal, (1873 г.), 71 (противъ Bar'a). Такъ и французск. и итальянск практика. См. Manzini, II, 66, слѣд., Sauvard, 64, пр. 1. Manzini разрѣшаетъ вопросъ съ точки зрѣнія сохраненія или перерыва причинной связи дѣйствіями потерпѣвшаго или третьихъ лицъ; при этомъ играетъ роль нарушеніе потерпѣвшимъ правилъ полиціи или порядка.

починки, не разрядивъ его и не предупредивъ мастера, и если послѣдній, не осмотрѣвъ его, застрѣлилъ знакомаго при демонстрированіи системы ружья, то смерть вмѣнима обоимъ въ неосторожность [27]). Въ этомъ смыслѣ можно признать правильнымъ положеніе, что *въ уголовномъ правѣ непримѣнимъ зачетъ неосторожности* (*compensatio culpae*) [28]), согласно которому послѣдующая неосторожность исключаетъ предшествующую. Но, если послѣдующая неосторожность была грубая, то возможно, что результатъ окажется невмѣнимымъ первому изъ дѣйствующихъ субъектовъ, такъ какъ даннаго теченія причинности онъ не могъ предвидѣть [29]). Такъ, когда кондукторъ плохо закрылъ дверцы купэ, вслѣдствіе чего мальчикъ выпалъ изъ вагона поѣзда, онъ отвѣчаетъ за смерть или увѣчье, полученное мальчикомъ, но не за смерть его отца, который соскочилъ съ поѣзда на ходу въ страхѣ за судьбу сына и попалъ подъ вагонъ [30]).

c) Возможны случаи, когда результатъ причиненъ нѣсколькими дѣяніями, каждаго изъ которыхъ было бы достаточно для его причиненія и безъ содѣйствія другого: напр., два браконьера *одновременно* стрѣляютъ въ лѣсничаго cum animo necandi, одинъ попадаетъ въ сердце, другой въ високъ; или жена даетъ мужу ядъ въ дозѣ, достаточной для отравленія, ея любовникъ, не зная объ этомъ, даетъ ему

---

27) См. Finger, 280, Frank, 20, 21. Здѣсь и въ предыдущ. примѣрѣ скорѣе сознательная неосторожность: А. и мастеръ, каждый представляетъ себѣ возможность вреда, но легкомысленно надѣется, что онъ не наступитъ.

28) См., напр., Lammasch, 31; Vidal, № 135.

29) Сходно Garçon, art. 319, 320, № 50 Отчасти за compensatio culpae Bar, II, 224—226. Sauvard, 65, рѣшаетъ вопросъ въ зависимости отъ того, чья неосторожность была значительнѣе (dominante); за разграниченія также Manzini, l. c.; Carrara, Progr. P. spec. I, § 1100.

30) Случай изъ итальянской практики; рѣшеніе вмѣнило кондуктору смерть отца въ неосторожность. Contra Sauvard, 63, ибо это послѣдствіе было непредвидимо, смѣшивая при этомъ отсутствіе вины съ отсутствіемъ причинной связи; contra также Pessina (непредвидимое второе дѣйствіе, какъ-бы прерываетъ прич. связь), см. у Tosti, 183; тамъ же другіе случаи изъ практики и мнѣніе Mosca, что отвѣчаетъ только виновникъ второго дѣянія. Contra и въ пользу угол. отвѣтственности „causa colposa mediata“ Tosti, 177 слѣд., см. также, 169.

затѣмъ съ своей стороны другую сильную дозу яда, прежде чѣмъ первая успѣла подѣйствовать. Въ такихъ случаяхъ каждое изъ этихъ лицъ отвѣчаетъ за оконченное умышленное убійство (или отравленіе), такъ какъ причинная связь результата сохраняется съ каждымъ изъ этихъ дѣйствій: если отбросить одно изъ нихъ, результатъ, правда, наступитъ, но нѣсколько инымъ образомъ (лѣсничій получилъ бы не двѣ раны, а одну; ядъ дѣйствовалъ бы медленнѣе)[31].

Трегеръ[32] предлагаетъ въ этихъ случаяхъ исключить оба дѣйствія, и, если результатъ не наступитъ въ томъ же порядкѣ, то оба они находятся въ причинной связи съ результатомъ. Однако, при такомъ рѣшеніи остается открытымъ вопросъ, не устраняетъ ли одно изъ этихъ дѣйствій причинность другого.

4. Особенное затрудненіе представляютъ для теоріи „conditio sine qua non" *преступленія, квалифицированныя послѣдствіями*[33]. Какъ было уже упомянуто (стр. 301), законодательства усиливаютъ наказаніе за нѣкоторыя преступныя дѣянія, если ихъ послѣдствіе оказывается болѣе тяжкимъ, чѣмъ желалъ или даже чѣмъ могъ предвидѣть субъектъ, совершившій это дѣяніе: такъ, если умыселъ былъ направленъ на легкіе побои, или на причиненіе раны, или на изнасилованье, но послѣдствіемъ такого дѣянія была смерть избитаго, раненнаго или изнасилованной, наказаніе увеличивается, при чемъ достаточно объективной причинной связи основного дѣянія (побоевъ и т. д.) и смерти—1464;

---

31) Beling, l. c., видитъ въ первомъ изъ двухъ *слѣдующихъ другъ за другомъ* дѣяній de lege lata только покушеніе, такъ какъ второе умышленное дѣяніе прервало связь перваго съ результатомъ.

32) Träger, 43—48. Эти условія онъ называетъ „nicht entscheidende Bedingungen sine qua non". Что тотъ, кто ускоряетъ наступленіе результата, причиняетъ его Feuerbach, l. c.; Bar, II, 195; онъ находитъ, что теорія conditio sine qua non не можетъ дать здѣсь удовлетворительнаго рѣшенія (231).

33) Birkmeyer, 270, 271; Träger, 76; Bar, II, 166 и др. противники Бури выставляютъ эти деликты, какъ главное возраженіе. Träger, 77; Bar, l. c. Rumelin. указываютъ еще на непригодность теоріи Buri для гражданскаго права при опредѣленіи отвѣтственности за вредъ и убытки достаточно одного причиненія, не требуется, какъ и при упоминаемыхъ въ текстѣ деликтахъ, виновности, и отвѣтственность не можетъ быть ограничиваема субъективными моментами.

1484; 1490; 1527 Ул. о нак.[34]). *Здѣсь ограниченіе отвѣтственности, на основаніи началъ для dolus и culpa, невозможно*, потому что законодатель не считается съ ихъ отсутствіемъ; поэтому, *по теоріи conditio sine qua non, указанное усиленіе репрессіи примѣнялось бы при самой отдаленной связи болѣе тяжкаго результата съ дѣяніемъ*, при такомъ отклоненіи ея отъ причинной связи задуманной, что въ другихъ случаяхъ, безъ этихъ постановленій закона, результатъ не могъ бы быть вмѣненъ субъекту; приходилось бы признать причинную связь и усилить наказаніе и тогда, когда, напр., изнасилованная, не перенеся позора, утопилась (случай изъ австрійской практики)[35]), или, когда легкій ударъ пришелся по головѣ послѣ недавней операціи черепа и послѣдовало воспаленіе мозга и смерть; но, если такой выводъ представляется несправедливымъ, то это, конечно, недостатокъ не теоріи Бури-Листа, а подобныхъ постановленій закона, отступающихъ здѣсь отъ принципа отвѣтственности только за виновное причиненіе[36]). Этотъ недостатокъ, имѣющій корни въ пресумціяхъ устарѣлыхъ кодексовъ, долженъ исчезнуть съ замѣной этихъ постановленій другими, по образцу новѣйшихъ проектовъ и Норвежскаго кодекса (§ 43), вводящихъ для усиленія отвѣтственности требованіе неосторожности въ отношеніи болѣе тяжелаго результата[37]): наказаніе за легкіе побои увеличивается тогда лишь, если наносящій ихъ могъ предвидѣть смертельный исходъ, зная, напримѣръ, что противникъ недавно оперированъ и имѣя возможность оцѣнить это обстоятельство.

Но и *de lege lata* большинство криминалистовъ стара-

---

34) См. другіе примѣры у Мокринскаго, II, 167, слѣд. и у Radbruch'a въ V. D II, 227, слѣд. (Erfolgshaftung).

35) Это склоненъ допустить, Thyren, I, 139, 140.

36) Противъ этихъ деликтовъ въ ихъ современной обрисовкѣ нынѣ преобладающее большинство. См. у Radbruch'a, V. D. II, 241, 242; Loffler'a V. D. B. Th., V, 369, пр. 2.

37) Такъ и Петроградскій конгрессъ М. С. 1902 г; GE. § 24 и Begrund. Норвеж. код. (§ 43) усиливаетъ наказаніе и при непринятіи мѣръ къ предотвращенію болѣе тяжкаго послѣдствія, опасность наступленія котораго усмотрѣна послѣ дѣянія. Loffler, 370, высказывается за идеальную совокупность умышленнаго и неосторожнаго деликтовъ.

ется избѣгнуть указаннаго несправедливаго распространенія отвѣтственности, если болѣе тяжелый результатъ случайный [38]). Дѣйствительно, законодатель, повидимому, понималъ причинную связь при этихъ преступленіяхъ въ болѣе ограниченномъ смыслѣ, желая наказывать за тѣ послѣдствія, которыя *обычно* сопровождаютъ подобныя преступленія; поэтому усиленіе наказанія при наступленіи смерти предусмотрѣно закономъ именно при преступленіяхъ противъ личности, т. е. при насильственныхъ дѣйствіяхъ, гдѣ возможность болѣе тяжкихъ послѣдствій вытекаетъ изъ самой природы основного посягательства (побоевъ, ранъ и т. п.), хотя, какъ рѣдкій случай, наступленіе смерти можетъ быть послѣдствіемъ и другого преступленія, напр. потери состоянія вслѣдствіе растраты, совершенной служащимъ. случайному послѣдствію законодатель не придаетъ значенія квалифицирующаго обстоятельства. Такимъ образомъ нельзя усиливать наказанія и при выше упомянутыхъ преступленіяхъ, если смерть была послѣдствіемъ, котораго виновный въ насильственномъ дѣяніи не могъ предвидѣть, какъ самоубійство изнасилованной и т. п.

Въ наукѣ иногда истолковываютъ постановленія о преступленіяхъ, квалифицированныхъ послѣдствіями. въ томъ смыслѣ, что законъ молчаливо требуетъ неосторожности въ отношеніи послѣднихъ [39]) иногда же признаютъ примѣнимой другую теорію причинной связи, главнымъ образомъ, —*адекватной причинности*, [40]) какъ болѣе соотвѣтствующую

---

38) Merkel (-Liepm.), 122; Hartmann, 96, слѣд.

39) См. у Birkmeyer'a, 314, Мокринскаго, 174.

40) Kohlrausch, Reform, I, 223, Thyren, 139, 140; по существу такъ и Мокринскій, II, 190. Frank, 21, 22, Miller въ Mittheil. I. K. V. X, 73, (Петроградск. конгрессъ М. С.); сходно англійская (Radbruch, въ V. D. II, 243, 244) и французская практика (см. выше, стр. 302); далѣе индерландское право (Van-Hamel въ Mittheil. I. K. V. X, 385), австрійское (Lammasch, 56). Отвѣтственность и за случай при этихъ деликтахъ признаютъ de lege lata Liszt, 137; Radbruch, V D. II, 235. Такъ и нашъ Сенатъ, впрочемъ, высказывая скорѣе теоретич. положеніе, ибо въ доходившихъ до Сената случаяхъ результатъ могъ быть предвидимъ. См. Таганцевъ, Ул. о нак. подъ ст. 1464, 1490, 1484; ср. однако Мокринскій, 179. Неясно, относится ли ст. 42. Уг. Улож и къ деликтамъ квалифиц. послѣдствіями (по Уг. Ул.). Райхсгерихтъ призналъ квалифицированный

взгляду законодателя или только при такихъ преступныхъ дѣяніяхъ (такъ Франкъ) или вообще: эти преступленія и доказываютъ[41]) именно, что положительное уголовное право понимаетъ причинность не такъ, какъ теорія познанія, что *причиненіе* должно означать на *языкѣ закона* то, что означаетъ въ житейскомъ словоупотребленіи[42]). Но послѣднее слишкомъ неточно, чтобы служить базой для юридически правильнаго рѣшенія въ случаяхъ спорныхъ и сложныхъ[43]), даже суду присяжныхъ здѣсь важно дать руководящія разъясненія въ преніяхъ и заключительномъ словѣ предсѣдателя, а суду коронному необходимо привести основанія своего приговора, и рѣшеніе вопроса о причинной связи

послѣдствіемъ (смертью) деликтъ неосторожнаго причиненія пожара (§ 309 St. GB) въ случаѣ, когда уже спасшійся отъ пожара мальчикъ возвратился, желая спасти оставленныя въ домѣ ботинки, и погибъ въ огнѣ (см. у Birkmeyer'a, 266) О квалификаціи послѣдствіями неосторожнаго деликта, какъ объ отличіи отъ dol. indirect., см Radbruch, стр. 232.

41) Allfeld (Meyer-Allf.), 165, пр. 18, Bierling, III, 78.

42) Такъ Merkel, см. здѣсь выше, пр. 22; Lammasch, 31; Allfeld, 162; Bierling, 36; Birkmeyer, 264, Bar, II, 197, 198; Rohland, op. c.; въ V. D. I. 351, слѣд., Rohland старается доказать различіе условія и причины въ положительномъ правѣ ссылками на нѣкоторыя постановленія: такъ согласно § 240 Норвеж. код, мужчина, отказывающій въ необходимой помощи женщинѣ, забеременѣвшей или прижившей съ нимъ внѣ брака ребенка, карается штрафомъ или тюрьмой до двухъ лѣтъ, если вслѣдствіе того женщина окажется въ безпомощномъ состояніи, въ которомъ совершитъ преступленіе противъ жизни ребенка или противъ плода, или же преступленіе, подвергающее его опасности; отсюда, Rohland выводитъ, что поведенію мужчины законъ не приписываетъ причиняющаго (смерть ребенка или плода) значенія, иначе отвѣтственность была бы просто за неосторожное убійство и т. п. Но въ этомъ и друг. приводимыхъ Роландомъ случаяхъ (недонесеніе о готовящемся преступленіи, если оно затѣмъ послѣдовало, и друг.) поведеніе представляетъ собою упущеніе, а не содѣяніе, а причинность упущенія нынѣ вообще отвергается (см. ниже); далѣе, совершеніе преступленія женщиной, вообще другимъ лицомъ (при недонесеніи), не есть элементъ состава, а объективное условіе наказуемости (выше, стр. 166 пр. 36) деликта, состоящаго въ нарушеніи той или другой обязанности.

43) См Trager, 7, слѣд.; Kollmann, Bedeutung d metaphysischen Kausallehre fur die Strafrechtswissensch (1908), 31. Самъ Bierling, III, 32, 33 прим. говоритъ о неустойчивости словоупотребленія: „причина, условіе, причинять". См. также Bierling, III, 40.

на такомъ зыбкомъ фундаментѣ, какъ разговорное значеніе слова, ни для кого не было бы убѣдительнымъ.

II. Отвергая изложенное ученіе conditio sine qua non по соображеніямъ, неосновательность которыхъ показана выше, многіе криминалисты пытаются изъ ряда всѣхъ условій выбрать только нѣкоторыя, имѣщія значеніе причины, остальныя же разсматриваются, какъ поводы, не находящіеся въ причинной связи съ результатомъ. Теорія знаетъ множество такихъ попытокъ; общая черта ихъ—*разграниченіе просто условія—повода и причины*. Важнѣйшія изъ этихъ попытокъ слѣдующія:

1. Наиболѣе простое основаніе для разграниченія предлагается *Биркмейеромъ* [44]) *причина наиболѣе дѣятельное изъ условій* или, скорѣе, болѣе дѣятельное, имѣвшее большее значеніе, чѣмъ другія, такъ какъ Биркмейеръ признаетъ возможнымъ, что результатъ вызванъ нѣсколькими условіями, напр. нѣсколькими дѣйствіями, которыя всѣ и будутъ причинами, лишь бы они имѣли бо́льшее вліяніе, чѣмъ другія, такимъ образомъ изъ понятія причины исключаются только наименѣе важныя условія [45]). Значеніе, важность условія опредѣляется по силѣ его дѣйствія, поэтому, кромѣ неопредѣленности предлагаемаго критерія, онъ оказывается непригоднымъ для уголовнаго права уже потому, что въ ряду условій дѣяніе человѣка развиваетъ почти всегда гораздо меньшую силу, чѣмъ другія условія: [46]) стоитъ сравнить усиліе при нажатіи собачки ружья съ разрушительной силой пороховыхъ газовъ. Измѣреніе силъ умѣстно въ механикѣ, но не въ общественныхъ наукахъ [47]).

2. Если у Биркмейера различіе между причиной и условіемъ имѣетъ количественное значеніе, то *Колеръ* [48]) пытается построить разграниченіе на качественномъ различіи: причина—это движущая, образующая сила (*causa efficiens*), условія—это атмосфера, среда, въ которой дѣйствуетъ эта сила и которая послѣдней или даетъ ходъ, или ставитъ препятствіе. Примѣръ, которымъ Колеръ поясняетъ свою мысль, свидѣтельствуетъ о метафизическомъ характерѣ его ученія о причинности, требуя опредѣленія сущности явленій, и вмѣстѣ съ тѣмъ о полной непримѣнимости въ области уголовнаго права: онъ полага-

---

44) Op. cit., 272, слѣд.

45) Buri, Causal. (1885), 8; Trager, 90.

46) Merkel (-Liepm.), 120, 125, слѣд. (см примѣръ на стр. 127).

47) Thyren, 92; Hartmann, 56; Träger, § 15.

48) Kohler, Studien, I, 83, слѣд. причина—„ein die Existenz erregendes und darum fur Art und Intensitat wesentlich bestimmendes Element “.

есть, что, если выростаетъ дерево опредѣленнаго рода и вида, то тепло, влажность и т. д. суть условія, и только сѣмя причина, какъ элементъ, опредѣляющій качество растенія. Но, когда дѣяніе человѣка опредѣлитъ качество явленія, вопросъ неразрѣшимый. Справедливо указываетъ Трегеръ, что качество результата опредѣлится свойствомъ объекта (напр., при убійствѣ ударъ, пришедшійся по деревяшкѣ, а не по человѣку не вызоветъ смерти) и что въ современномъ естествознаніи качественныя особенности сводятся къ количественнымъ, пространственнымъ и временнымъ отношеніямъ Если прибавить, что Колеръ считаетъ творцомъ (Urheber) преступленія не только положившаго причину—онъ causa causae, но и всякаго виновнымъ образомъ создавшаго условіе для ея дѣйствія—онъ dominus causae, то проводимое Колеромъ различіе теряетъ все свое значеніе[49]).

3. *Биндингъ*[50]) дѣлитъ условія на содѣйствующія результату—положительныя, и противодѣйствующія — отрицательныя. Измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ представляется слѣдствіемъ борьбы положительныхъ и отрицательныхъ условій и побѣды первыхъ надъ послѣдними. Роль дѣйствія человѣка сводится или къ усиленію первыхъ или къ ослабленію вторыхъ, и *причиненіе результата тождественно съ измѣненіемъ равновѣсія между противодѣйствующими и содѣйствующими условіями въ пользу послѣднихъ:* человѣкъ причиняетъ что-либо, вызывая перевѣсъ положительныхъ условій. Взглядъ Биндинга страдаетъ неопредѣленностью и допускаетъ различное пониманіе иногда слова Биндинга толкуютъ такъ, что послѣднее условіе, вызвавшее измѣненіе равновѣсія, должно быть признано причиной[51])— выводъ, совершенно непріемлемый, ибо послѣднимъ условіемъ дѣйствіе человѣка не будетъ и при выстрѣлѣ въ упоръ: такимъ условіемъ является послѣднее звено патологическаго процесса въ организмѣ жертвы, причинную связь съ дѣяніемъ едва ли когда-либо можно было бы установить. Но нельзя причиной признать и *послѣднее дѣйствіе* человѣка или вмѣняемаго человѣка (такъ послѣдователь Биндинга *Ортманъ*)[52]), ибо такимъ нерѣдко окажется дѣйствіе самого потерпѣвшаго, напр. принятіе отравленной пищи, оно, а не дѣяніе отравителя, было бы причиною смерти. Для того, чтобы устранить

---

49) Trager, 96, слѣд., Hartmann, 33, Beling, Grundz. 38. О другихъ метафизическихъ теоріяхъ. Huther'a, A. Horn'a, R. Horn'a, M. E. Mayer'a, см. у Bar'a, II, §§ 83—85; Kollmann'a, op. cit.; далѣе, у Познышева и Hartmann'a. M. Mayer позже (Rechtsnormen, 71) отказался отъ своей прежней точки зрѣнія.

50) Binding, Normen, I, 113, слѣд. Сходно Wharton, I, 170.

51) См. Сергѣевскій, Причин. связь, 137, слѣд., Liszt, 136; Beling, Grundz, 37. Merkel (-Liepm), 125, находитъ, что Binding считаетъ причиной наиболѣе дѣятельное условіе, подобно Birkmeyer'y

52) См. о его теоріи Trager, § 14; Сергѣевскій, op. c. II, 160.

подобный выводъ, Ортману пришлось прибѣгнуть къ фикціямъ. Самъ Биндингъ не опредѣляетъ момента, въ который причиняющее дѣйствіе человѣка должно нарушить равновѣсіе положительныхъ и отрицательныхъ условій, и, такъ какъ онъ говоритъ, что причина суть положительныя условія, взявшія верхъ надъ отрицательными, т. е. всѣ условія вмѣстѣ причиняютъ результатъ, то теорія Биндинга допускаетъ и такое пониманіе, при которомъ всякое дѣйствіе, болѣе позднее или болѣе раннее, можетъ быть названо причиной, если только оно повліяло на исходъ борьбы положительныхъ и отрицательныхъ условій; въ такомъ случаѣ эта теорія представляетъ только образное воспроизведеніе теоріи conditio sine qua non[53]). Но формулировка Биндинга и тогда вызываетъ возраженія: часто нельзя опредѣлить, какія условія результата слѣдуетъ отнести къ отрицательнымъ. Что считать отрицательнымъ условіемъ при наступленіи смерти отъ удара палкой по головѣ? Силу сопротивленія, твердость черепа? И въ чемъ усматривается равновѣсіе положительныхъ и отрицательныхъ условій, нарушенное этимъ дѣйствіемъ? Справедливо указывалось критикой (напр. Тиренъ), что о содѣйствующихъ и противодѣйствующихъ условіяхъ можно говорить только при абстракціи, въ конкретномъ случаѣ всякое условіе окажется содѣйствующимъ: если, напримѣръ,ваза упала на полъ, покрытый ковромъ, и разбилась, то коверъ нельзя признать отрицательнымъ условіемъ in concreto: онъ оказался недостаточно мягкимъ, чтобы обезвредить паденіе; недостаточная мягкость ковра содѣйствовала разбитію вазы, была положительнымъ условіемъ. Только при *обобщающей* точкѣ зрѣнія, когда вопросъ ставится препятствуетъ ли вообще коверъ разбитію хрупкихъ предметовъ при ихъ паденіи, можно отнести коверъ къ отрицательнымъ условіямъ[54]). Въ этомъ точка соприкосновенія Биндинга съ теоріей адекватной причинности (см. ниже), въ смыслѣ которой иногда и толкуется взглядъ Биндинга, хотя безъ достаточнаго основанія.

4. а. Большимъ распространеніемъ пользуется *теорія адекватной причинности*[55]). Для отграниченія причины отъ всякаго другого условія (повода) примѣняютъ обобщающую точку зрѣнія: *лишь такое условіе—причина, которое* не только въ данномъ случаѣ, но *вообще вызываетъ подобные результаты, которое способно повлечь ихъ, имъ адекватно.* Это *ученіе о ти-*

---

53) Hartmann, 16; Trager, 80—84.

54) Thyren, I, 67; Trager, 53; Bierling, III, 51, пр 17 (противодѣйствующее условіе есть contradictio in adjecto).

55) Критику этой теоріи см. особенно у Radbruch'a, Adaquate Verurs. и Trager'a, 115, слѣд., примыкающаго, впрочемъ, къ ней съ нѣкоторымъ измѣненіемъ (см. ниже), далѣе отчасти у Мокринскаго, III, 336, слѣд.

ической причинности, какъ указано, весьма удобно для рѣшенія вопроса о причинной связи при преступленіяхъ, квалифицированныхъ послѣдствіями, не позволяя усиливать наказаніе въ случаяхъ атипическихъ, исключительныхъ. Но зато въ чистомъ своемъ видѣ *эта теорія должна привести къ безнаказанности наиболѣе тонко задуманныхъ и выполненныхъ преступленій, когда преступникъ, располагая какими-либо особыми свѣдѣньями въ области фактовъ (онтологическое знаніе) или въ области дѣйствія силъ природы, ея законовъ (номологическое знаніе), намѣтилъ и затѣмъ выполнилъ такой планъ совершенія преступнаго дѣянія, что причиненіе представляется исключительнымъ, инадекватнымъ, атипическимъ.* Несмотря на полное совпаденіе задуманнаго съ осуществленнымъ, несмотря на наличность умысла, пришлось бы отвергнуть отвѣтственность, можетъ быть, особенно опаснаго преступника [56]), *такъ какъ* между созданнымъ имъ условіемъ и достигнутымъ результатомъ *не было бы причинной* связи: такъ, если бы А. нанесъ В. легкій ударъ по головѣ, вообще неспособный вызвать смерть, но вызвавшій ее въ данномъ случаѣ, вслѣдствіе недавняго воспаленія мозга или перенесенной трепанаціи черепа, то ударъ не былъ бы причиной смерти В., не будучи адекватнымъ условіемъ, и если бы даже въ планъ убійства, составленный А., входило использовать для достиженія цѣли эту особенность случая, чтобы отдѣлаться легкимъ наказаніемъ, А. все-таки нельзя было бы подвергнуть отвѣтственности за оконченное умышленное убійство. Иногда преступникъ совсѣмъ ускользнулъ бы отъ наказанія, напр: кто-либо, зная, что непріятель разбросалъ у берега мины и что это пока другимъ неизвѣстно, немедленно отправляетъ въ морѣ свой застрахованный отъ случайностей войны пароходъ, который при выходѣ изъ порта и гибнетъ, натолкнувшись на мину. Случаи примѣненія психическихъ средствъ для причиненія физическаго вреда, напр. смерти посредствомъ испуга, признаваемые большинствомъ криминалистовъ и представителями судебной медицины юридически равнозначащими со случаями физическаго причиненія [57]), подходящими напр. подъ

56) См кромѣ указанныхъ въ пр. 55, Liszt, 136, Beling, 40; Thyren, 137 (о теоріи Криза).

57) Таганцевъ, 639, 641, Сергѣевскій, Русск. Угол. пр., 272; Бѣ-

понятіе убійства, должны быть отнесены къ инадекватнымъ и слѣдовательно вести къ безнаказанности.

Для того, чтобы устранить это возраженіе, представители адекватной теоріи принуждены вносить различные коррективы, при чемъ незамѣтно для себя они уходятъ отъ основанія теоріи и то сближаются съ ученіемъ conditio sine qua non, то вносятъ въ ученіе объ объективной причинности элементы субъективной виновности То или другое рѣшеніе проблемы зависитъ отъ степени обобщенія: слишкомъ широкое обобщеніе оставляетъ вопросъ о причинной связи открытымъ· даже въ простѣйшихъ примѣрахъ необходимо положить въ основу сужденія о способности условія a. вызывать результаты b. нѣкоторыя конкретныя обстоятельства: такъ, на вопросъ, вызываютъ ли выстрѣлы смерть, можно дать утвердительный отвѣтъ только, если добавить, что выстрѣлъ произведенъ на такомъ-то разстояніи, изъ такого-то оружія, направленъ въ живое существо, и даже этого недостаточно: самъ результатъ долженъ быть конкретизованъ: вопросъ долженъ быть поставленъ такъ: можетъ ли такой выстрѣлъ вызвать смерть отъ разрушенія организма пулей, ибо на вопросъ, можетъ ли смерть отъ выстрѣла послѣдовать и въ случаѣ промаха, напр., благодаря испугу, утвердительный отвѣтъ предполагаетъ еще одно условіе — что жертва страдала рѣзко выраженнымъ порокомъ сердца. Но сужденіе о возможности для a. вызвать результатъ b. зависитъ не только отъ того, какое онтологическое знаніе (знаніе фактовъ) положено въ основу для вывода, но еще и отъ степени номологическаго знанія: чѣмъ послѣднее меньше, чѣмъ меньшимъ знаніемъ дѣйствія силъ природы располагаетъ судящій субъектъ, тѣмъ болѣе заключеніе склоняется къ невозможности, и обратно: при большемъ номологическомъ знаніи возможность граничитъ съ достовѣрностью: смерть отъ испуга или отъ удара по головѣ, при условіи порока сердца или трепанаціи черепа, представляется невозможной простолюдину и почти достовѣрной

логрищъ-Котляревскій, 197; Мокринскій, 424, Meyer-Allfeld, 161, пр. 10; Buri, Causal. (1885), 8 (указывающій, впрочемъ, на процессуальныя трудности—доказыванія вины). Contra Чебышевъ-Дмитріевъ, Покушеніе, 27, и особенно Неклюдовъ, Руковод. къ особен. части, I, 266

опытному врачу Такимъ образомъ, при извѣстной основѣ для сужденія о способности a. вызвать b., возможно избѣгнуть упомянутаго выше затрудненія и сохранить отвѣтственность за особенно тонкія и ловкія преступныя дѣянія, однако рискуя при этомъ возвратиться къ теоріи Бури, такъ какъ при полномъ онто- и номологическомъ знаніи *всякое* условіе окажется способнымъ вызывать такіе результаты: самое наступленіе результата свидѣтельствуетъ, что онъ при *данныхъ* обстоятельствахъ былъ возможенъ.

Въ зависимости отъ того, какое знаніе кладется въ основу для вывода, различаютъ субъективный и объективный оттѣнки адекватной теоріи.

b. *Субъективная* точка зрѣнія принадлежитъ основателю ученія объ адекватной причинности *Кризу*[58]) Сужденіе о способности условія *a.* вызвать результатъ *b.* должно, по Кризу, опираться на факты, извѣстные дѣйствующему *субъекту* въ моментъ дѣянія, и факты, которые могли *ему* быть извѣстными въ этотъ моментъ, и на объективное номологическое знаніе, выразителемъ котораго является экспертъ. Такимъ образомъ одно и то же объективное отношеніе между *a.* и *b.* то окажется причиненіемъ, то не окажется, смотря по тому, какъ велико онтологическое знаніе субъекта. Если оно ниже средняго уровня, если субъектъ не зналъ и не могъ знать фактовъ, которые были бы извѣстны при средней предусмотрительности, причинной связи нѣтъ: явное перенесеніе момента, существеннаго для субъективнаго отношенія къ результату, для вопроса о наличности вины, въ

58) I. Kries, op. c Нѣкоторыя черты этой теоріи намѣчены, впрочемъ, уже ранѣе Bar'омъ въ его работѣ о причин. связи 1871 г. гдѣ онъ примѣнялъ начало „Regel des Lebens“, житейскихъ правилъ, для ограниченія причинной связи: „человѣкъ можетъ быть разсматриваемъ, какъ причина явленія настолько, насколько мы его мыслимъ, какъ такое условіе, которое обращаетъ обычно мыслимое теченіе явленій въ иное“. Bar однако примѣнялъ выраженіе „Regel des Lebens“ то въ смыслѣ обычно происходящаго, то въ смыслѣ дозволеннаго правомъ, отсюда неясность теоріи (см возраженія у Сергѣевскаго, Причин. связь, II, 113, Таганцева, 665, Merkel'я, Buri, и мног. друг.). Въ „Gesetz und Schuld“ онъ сближается съ адекватной теоріей и въ этомъ смыслѣ истолковываетъ свое прежнее ученіе.

вопросъ о существованіи причинной связи[59]). Если А, ударивъ В., не зналъ о трепанаціи черепа и не могъ знать, то нѣтъ причинной связи, хотя В. умеръ вслѣдствіе этого удара; между тѣмъ здѣсь правильнѣе отвергнуть не причинность, а неосторожность[60]). Когда же А. зналъ о трепанаціи, причинная связь между ударомъ и смертью, по Кризу, существуетъ всегда, т. е. и въ томъ случаѣ, если значеніе этого дефекта В. не было или не могло быть оцѣнено А., такъ какъ сужденіе опирается не на его номологическое знаніе, а на объективное. Такимъ образомъ, признаніе причинности и у Криза не совпадаетъ съ признаніемъ виновности, и основанное на этомъ возраженіе (Радбруха) неправильно. Предполагая, что А. прямо расчитывалъ на наступленіе результата, онъ подлежитъ отвѣтственности за умышленное убійство; эта отвѣтственность оказывается возможной и при атипическомъ причиненіи, цѣною оставленія основного принципа адекватной теоріи: послѣдняя оперируетъ съ понятіемъ объективно возможнаго, въ отличіе отъ субъективно вѣроятнаго (такъ самъ Кризъ), между тѣмъ въ основу сужденія кладется онтологическое знаніе *субъекта.* Одинъ изъ сторонниковъ этой теоріи Липманъ[61]) хочетъ устранить это возраженіе, утверждая, что дѣйствительно правильно учтенное принадлежитъ къ области того, на что можно расчитывать; но сужденіе о возможности (расчетъ), опирающееся на единичный случай, противорѣчитъ обобщающей точкѣ зрѣнія адекватной теоріи.

с. Представителемъ *объективнаго* взгляда является *Рюмелинъ*[62]). въ основу сужденія кладется не только объективное номологическое знаніе (опытъ всего человѣчества), но всѣ какимъ бы то ни было образомъ распознаваемыя условія, существовавшія въ моментъ дѣянія, и тѣ позднѣйшія

---

59) Кромѣ указан. въ пр 55 см еще Finger, I, 276, пр.

60) Что оба раза причинность дѣйствія одинакова, находитъ также Halschner, I, 233 Это подтверждается обязанностью возмѣщенія *причиненнаго* вреда (напр. алиментовъ) въ обоихъ случаяхъ.

61) Liepmann, Einleit., 73; такъ же Bar, II, 200, пр. 58. Contra Radbruch, 56.

62) Rumelin, Arch. f. civil. Praxis, 90 т., особ. 221. слѣд., § 4 стр 299—301

съ наступленіемъ которыхъ можно считаться, согласно общечеловѣческому опыту; при этомъ имѣется въ виду распознаваемость условій не для субъекта дѣянія, а для судьи, опирающагося на совершеннѣйшее номологическое знаніе и знающаго всѣ условія, даже такія, которыя обнаружены послѣ дѣянія дальнѣйшимъ развитіемъ событія. Это такъ называемый объективный прогнозъ судьи ex post. На основѣ такого знанія судья долженъ будетъ признать за каждымъ условіемъ способность повлечь данный результатъ, во всякомъ условіи видѣть причину, это та же теорія conditio sine qua non въ иной оболочкѣ. Правда, остаются случаи, гдѣ, вслѣдствіе нераспознаваемости для судьи какого-либо условія или его дѣйствія, причинность будетъ отвергнута, но съ нераспознаваемыми условіями, недоступными опредѣленію и оцѣнкѣ, несмотря на все то онто-и номологическое знаніе, которое предполагается Рюмелиномъ, не оперируетъ и теорія Бури-Листа. Взглядъ Рюмелина ведетъ къ признанію причинной связи и при исключительномъ способѣ причиненія, потому что, если субъектъ использовалъ особыя свѣдѣнья для достиженія результата, то этими свѣдѣньями post factum располагаетъ и судья (узнающій, напримѣръ, изъ вскрытія трупа объ особомъ предрасположеніи жертвы къ смерти отъ того именно средства—допустимъ, испуга,—которое примѣнилъ преступникъ, знавшій уже тогда объ этомъ предрасположеніи). Только въ томъ случаѣ, если преступникъ превосходитъ судью и эксперта въ онто—и номологическомъ знаніи, причинная связь между дѣяніемъ и результатомъ останется не раскрытой, но это не будетъ имѣть практическаго значенія, такъ какъ тогда уголовное преслѣдованіе не возникнетъ: геніальный преступникъ, воспользовавшійся условіями, не распознаваемыми для судьи, вооруженнаго упомянутымъ запасомъ свѣдѣній, ускользнетъ изъ рукъ правосудія. Спасая, кромѣ такого случая, отвѣтственность при атипическомъ, инадекватномъ причиненіи, взглядъ Рюмелина, именно вслѣдствіе чрезмѣрной конкретизаціи, долженъ былъ бы привести къ распространенію отвѣтственности и за самыя отдаленныя послѣдствія тамъ, гдѣ законодательство не требуетъ вины въ отношеніи послѣднихъ, довольствуясь одной причинной связью. Рюме-

линъ поэтому принужденъ внести ограниченія въ свою теорію, отчасти имѣющія произвольный характеръ, отчасти же снова вводящія элементы виновности.

Такъ, если судьѣ ex post стало извѣстнымъ, что мостъ, черезъ который проѣзжалъ раненный, направляясь къ врачу, грозилъ немедленнымъ обваломъ, то причиненіе раны и смерть, найденная раненнымъ въ волнахъ рѣки, находились бы въ адекватной связи, ибо вопросъ о способности пораненія вызвать *такую* смерть, при условіи необходимости проѣзда черезъ этотъ мостъ и при упомянутомъ состояніи моста въ это время (а судьѣ они ex post извѣстны), долженъ получить утвердительный отвѣтъ. Поэтому Рюмелинъ въ основу сужденія не кладетъ условій позднѣйшаго событія (обвала), къ которымъ интересующее насъ дѣяніе (пораненіе) поставило потерпѣвшаго только въ пространственное или временное отношеніе, тогда причинную связь мы отвергнемъ. Но это немотивированное ограниченіе, нужное для полученія практически пріемлемыхъ выводовъ, снова отбрасывается для такой же цѣли, если упомянутыя условія позднѣйшаго событія (условія обвала) были извѣстны субъекту дѣянія (причинившему рану) или были распознаваемы для него. Устранить здѣсь ограниченіе и сохранить причинную связь понадобилось Рюмелину, чтобы обезпечить отвѣтственность того, кто или прямо расчитывалъ на такое теченіе событій (поѣздку къ врачу, обвалъ) или могъ его предвидѣть. Другое ограниченіе, вводимое Рюмелиномъ, состоитъ въ томъ, что нельзя класть въ основу сужденія о возможности для условія a. причинить b. одни существовавшія въ моментъ дѣянія рѣшенія и склонности другихъ людей, если на нихъ не расчитывалъ или не долженъ былъ расчитывать дѣйствовавшій субъектъ.

У многихъ сторонниковъ теоріи адекватной причинности вопросъ о степени конкретизаціи случая не останавливаетъ на себѣ должнаго вниманія (A. Меркель, Липманъ, Альфельдъ),[63]) или же получаетъ близкую къ изложенному обработку (Тонъ).

---

63) *Merkel* (-Liepm), 121 (причина тѣ условія, за которыми можно признать болѣе общее значеніе, согласно опыту), *Liepmann*, Einleit. 72 (говоритъ просто о „berechenbarer Zusammenhang"), *Allfeld* (Meyer-Allfeld), 166: причинная связь сохраняется и тогда, когда дѣяніе стало пригодно для причиненія результата только, вслѣдствіе соединенія съ другими бывшими въ моментъ дѣянія (напр ненормальное сложеніе раненаго) или послѣдующими обстоятельствами (негрубая ошибка врача), но когда соединеніе не представляется необычайнымъ, а согласно опыту происходитъ нерѣдко. Въ пользу адекватн. причин. также *Hippel*, V. D. III, 572—576, далѣе многіе цивилисты и гражданская практика райхсгерихта. Напоминаетъ эту теорію также взглядъ *Stoppato*, L'evento punibile, 59, слѣд.: причина условіе *пропорціональное* результату, причинность должна лежать въ *природѣ* дѣянія.

. Нѣсколько иную точку зрѣнія проводитъ *Трегеръ*[64]): заключеніе возможности основывается у него на совершеннѣйшемъ номологическомъ знаніи и на всѣхъ существовавшихъ въ моментъ дѣянія и тогда (*ex ante*) распознаваемыхъ условіяхъ, а также на извѣстныхъ субъекту дѣянія; распознаваемость имѣется въ виду *для проницательнѣйшаго* человѣка. Если, исходя изъ этихъ данныхъ, мы придемъ къ выводу, что дѣяніе есть обстоятельство, вообще благопріятствующее результатамъ этого рода, т. е. что оно не въ ничтожной мѣрѣ повышаетъ объективную возможность результата, подобнаго происшедшему, то дѣяніе—адекватное условіе, т. е. причина. Этотъ выводъ получается при помощи сравненія количества случаевъ, въ которыхъ подобные результаты происходятъ безъ изслѣдуемаго условія, и случаевъ, въ которыхъ происходятъ при его наличности; если послѣдніе чаще, то условіе повышаетъ объективную возможность такихъ результатовъ Критерій такимъ образомъ дается достаточно неопредѣленный; самъ Трегеръ признаетъ невозможность цыфровыхъ выкладокъ и ссылается только на неопредѣленность граней и во многихъ другихъ понятіяхъ уголовнаго права, напр. между вмѣняемостью и невмѣняемостью. Взглядъ Трегера также сводится къ теоріи conditio sine qua non: проницательнѣйшій человѣкъ, зная всѣ условія, существовавшія въ моментъ дѣянія, долженъ знать и позднѣйшія, такъ какъ они должны имѣть условія своего возникновенія въ настоящемъ и такъ какъ законы, связывающіе это возникновеніе будущихъ условій изъ настоящихъ, современныхъ дѣянію, должны быть извѣстны этому лицу, благодаря совершеннѣйшему номологическому знанію. Такъ, позднѣйшее условіе—ударъ молніи въ опредѣленномъ мѣстѣ—имѣетъ свои условія уже въ моментъ дѣянія, напр. отсылки слуги въ лѣсъ—напряженіе электричества въ этомъ лѣсу и т. д., зная это и другія современныя дѣянію условія, проницательнѣйшій человѣкъ, обладающій всѣмъ богатствомъ человѣческаго опыта, долженъ будетъ признать, что отсылка слуги въ лѣсъ или фактъ привязанія его къ дереву значительно повысили возможность смерти его отъ молніи, т е что это дѣяніе причина смерти. Всякое условіе, кромѣ абсолютно нераспознаваемыхъ (ни для кого), становится причиной. Конечно, причинная связь тогда остается и въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ. Трегеръ, признавая это, даетъ своей теоріи названіе уже не адекватной, а теоріи вообще благопріятствующаго обстоятельства.

5. Ограниченіе уголовной отвѣтственности нѣкоторые криминалисты стремятся установить опредѣленіемъ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ новыя силы, въ томъ числѣ дѣянія другихъ лицъ, *прерываютъ* причинную связь между интересующимъ дѣяніемъ и результатомъ[65]). Согласно этому

64) Op c. § 24

65) См напр. Birkmeyer, 275, слѣд.; Manzini, l. c.; см. далѣе выше здѣсь, прим. 30; Lammasch, § 10—II, Bar, § 112, 114 Wharton, § 160, слѣд.

взгляду, наиболѣе полно и ясно обоснованному *Н. С. Таганцевымъ*[66]), условіе только тогда не поводъ, а причина, когда привходящія силы не прерываютъ, не устраняютъ причинной связи; вопросъ сводится къ опредѣленію того, какія позднѣйшія силы имѣютъ такое значеніе. Общій принципъ предлагается слѣдующій: привходящія силы прерываютъ причинную цѣпь, если онѣ не были вызваны[67]) или направлены или значительно облегчены въ своемъ дѣйствіи дѣйствіемъ человѣка Исключая это послѣднее указаніе (облегченіе), нужно признать, что рѣчь идетъ о такомъ дѣйствіи, которое вообще не находится въ причинной связи съ результатомъ, которое не есть даже его условіе, ибо онъ наступилъ бы въ томъ же порядкѣ, хотя бы это дѣйствіе совсѣмъ не было совершено. такъ въ приводимыхъ Таганцевымъ примѣрахъ: виновный пытался поджечь домъ, который вслѣдъ затѣмъ сгорѣлъ отъ ударившей въ него молніи, раненный умеръ отъ чахотки или былъ убитъ упавшимъ кирпичомъ Исключимъ попытку поджога или причиненіе раны, домъ все равно сгорѣлъ бы, человѣкъ все равно бы умеръ; перерыва причинности нѣтъ, ибо причинности и не было[68]). Само понятіе прерванной, или устраненной причинности представляетъ самопротиворѣчіе, contradictio in adjecto. Если послѣдующая сила самостоятельно вызвала результатъ, то вопросъ о причинной связи предыдущаго дѣйствія и этого результата не представляетъ затрудненій; ясно, отвѣтъ отрицательный. Затрудненіе возникаетъ именно тогда, когда это дѣйствіе человѣка оказало вліяніе на послѣдующія силы, напр.: раненный остался лежащимъ въ полѣ и былъ заѣденъ волками. Этотъ примѣръ иллюстрируетъ у Н. С. Таганцева облегченіе первоначальной дѣятельностью виновнаго успѣха самостоятельно присоединившейся силы; признаніе причинной связи ставится здѣсь

66) №№ 159, 160.

67) Сходно Lammasch, l. c., указывающій, впрочемъ, на невозможность общихъ опредѣленій по вопросу, когда есть перерывъ причинности. Въ общемъ, говоритъ Ламмашъ далѣе, перерывъ будетъ признанъ, если позднѣйшее событіе даетъ достаточное для практическихъ цѣлей объясненіе происшедшаго результата.

68) Ср. Сергѣевскій, Причин. связь, II, 102.

въ зависимость отъ того, что̀ имѣло бо́льшее значеніе—облегченіе успѣха дѣяніемъ человѣка, или самостоятельность привходящей силы; а это quaestio facti, подлежащій разрѣшенію суда. Но судъ, оставленный безъ руководства, не въ состояніи будетъ рѣшить этотъ вопросъ [69]), ибо опредѣлить сравнительное значеніе несоизмѣримыхъ величинъ вообще невозможно. Анализъ привходящихъ дѣйствій другихъ лицъ подчиняется у Н. С. Таганцева тому же, выше изложенному принципу и вмѣстѣ съ тѣмъ вызываетъ возраженіе въ нѣкоторой произвольности опредѣленія случаевъ, когда причинная связь признается прекратившеюся, прерванной: такъ, умышленное дѣяніе другого лица признается самостоятельной привступающей силой, прерывающей причинную связь, за исключеніемъ случаевъ соучастія (674 и 772 стр.), напр., если одинъ ранилъ кого-либо, и, прежде чѣмъ наступила смерть, другой, не будучи соучастникомъ перваго, умышленно задушилъ раненнаго. Если можно согласиться, что первый отвѣчаетъ только за покушеніе, то по другимъ соображеніямъ (см. выше, стр. 317), причинная же связь иногда можетъ сохраниться, если, напримѣръ, задушившему удалось убійство именно, благодаря потерѣ силъ, вызванной раною Въ вопросѣ о compensatio culpae, при стеченіи неосторожныхъ дѣяній нѣсколькихъ лицъ, дается правильное рѣшеніе: послѣдующее дѣяніе не прерываетъ причинной связи, но обоснованіе этого положенія почерпается въ необходимости отвѣтственности не только пьянаго машиниста, не убавившаго, гдѣ нужно, хода поѣзда, но и начальника станціи, отпустившаго поѣздъ съ пьянымъ машинистомъ, не только одного капитана, но и другого—при крушеніи поѣзда, при столкновеніи пароходовъ: это подниметъ безопасность движенія. Очевидно, однако, что здѣсь заключается petitio principii: не признаніе причинной связи сохранившеюся вытекаетъ изъ необходимости отвѣтственности, а самая возможность отвѣтственности, какъ признаетъ и Н. С. Таганцевъ, обусловливается наличностью причинной связи. Правда, дѣлается ссылка еще на то, что неосторожное дѣяніе каче-

69) О неопредѣленности ученія Таганцева Бѣлогр.-Котляревскій, 191; Познышевъ, 335, пр 1.

ственно отличается отъ умышленнаго, но отсюда еще не слѣдуетъ, что, если второе прерываетъ причинность, то первое не прерываетъ: вѣдь, и неосторожное дѣяніе можетъ быть самостоятельнымъ, не вызваннымъ и не направленнымъ другимъ неосторожнымъ дѣяніемъ, напр. при столкновеніи судовъ по небрежности каждаго изъ капитановъ. То качественное различіе, о которомъ упоминаетъ Н. С. Таганцевъ, не поясняя его, выражается въ томъ, что привхожденіе умышленнаго дѣянія, за исключеніемъ случаевъ уговора при соучастіи, не можетъ быть предвидѣно, привхожденіе неосторожнаго—часто можетъ быть предвидѣно; отсюда слѣдуетъ сдѣлать выводъ не о перерывѣ или сохраненіи причинной связи, а о невмѣненіи или вмѣненіи въ вину результата, котораго нельзя было предвидѣть или наоборотъ—было возможно. Вопросъ же о причинной связи отъ этого не зависитъ.

6. Предложенная недавно проф. Познышевымъ [70]) теорія причинности весьма напоминаетъ теорію Колера, противъ которой однако пр. Познышевъ приводитъ принятыя критикою возраженія. Онъ также выдѣляетъ условія—причины, которыя производятъ явленіе, тогда какъ остальныя представляютъ или матеріалъ, или среду для образованія явленія. За этими условіями признается, впрочемъ, нѣкоторая активность. Причины суть или дѣйствія факторовъ, создающихъ явленія изъ другихъ явленій (т. е. просто условій), или дѣйствія, направленныя на эти факторы (посредственная причина). Особенность теоріи Познышева заключается въ изложеніи вопроса о вліяніи на отвѣтственность предвидѣнья или возможности предвидѣнья посредствующихъ силъ, т. е. другихъ-причинъ одновременныхъ дѣянію (поведенію), предшествующихъ и послѣдующихъ. Здѣсь авторъ приходитъ къ правильнымъ практическимъ рѣшеніямъ, хотя изложеніе этого вопроса въ ученіи о причинной связи оставляетъ нѣсколько неяснымъ, оказываютъ ли эти субъективные моменты вліяніе на вмѣненіе причинности въ вину, или на признаніе самой причинности. Правильнѣе было бы изложить этотъ вопросъ въ ученіи о виновности. Вмѣстѣ съ тѣмъ анализъ вліянія послѣдующихъ силъ показываетъ, что проф. Познышевъ въ сущности примыкаетъ къ теоріи conditio sine qua non: если дикіе звѣри заѣли раненнаго, оставшагося въ лѣсу именно вслѣдствіе раны, или онъ заразился тифомъ въ больницѣ, куда его отвезли, то „дѣйствіе ранившаго входитъ въ составъ причины результата“, между тѣмъ новыя силы (звѣри, тифъ) возникли самостоятельно и не были направлены дѣяніемъ ранившаго, что раньше проф. Познышевъ счи-

70) Основ. нач., §§ 199—203

талъ существеннымъ для посредственной причины; если же въ другомъ мѣстѣ говорится уже не о направленіи дѣйствія на факторы создающіе явленіе, а оказывается достаточнымъ подставленіе объекта, подъ дѣйствіе этихъ факторовъ (332 стр.) то, хотя съ этимъ слѣдуетъ согласиться и хотя рѣшеніе указанныхъ примѣровъ соотвѣтствуетъ послѣднему принципу, но самъ принципъ не соотвѣтствуетъ опредѣленію проф. Познышевымъ категоріи условій-причинъ, какъ производящихъ факторовъ или дѣйствій, направленныхъ на эти послѣдніе— тифъ, звѣри произвели смерть, и пораненіе не было направлено на эти факторы.

Ш.-1. Запретительная норма обыкновенно нарушается посредствомъ положительнаго дѣйствія, дѣянія въ тѣсномъ смыслѣ, но бываютъ случаи, когда средствомъ нарушенія такой нормы служитъ бездѣйствіе, упущеніе: такъ, крушеніе поѣзда можетъ быть вызвано поврежденіемъ пути, но тотъ же результатъ послѣдуетъ, если стрѣлочникъ не выставитъ установленнаго сигнала о поврежденіи пути, не имъ вызванномъ. Въ такихъ случаяхъ т. наз. *содѣяній посредствомъ упущеній*, *delicta commissiva* (или commissionis) *per omissionem*[71]), возникаетъ вопросъ о возможности вмѣненія результата въ вину бездѣйствовавшему субъекту, если онъ проявилъ при этомъ неосторожность или у него былъ умыселъ въ отношеніи этого результата.

На этотъ вопросъ иногда даетъ отвѣтъ само законодательство, предусматривая нѣкоторые изъ такихъ случаевъ, карая, напр., служащаго желѣзной дороги за упущеніе гораздо строже при наличности вредныхъ послѣдствій, чѣмъ при простомъ неисполненіи имъ своихъ обязанностей безъ подобныхъ послѣдствій (ср. ст. 1080 Улож. о нак. и 76^3 Уст. о нак.), а ученые почти единогласно признаютъ от-

---

71) Н. С. Таганцевъ, I, № 154 пользуется терминомъ „невмѣшательство“, въ отличіе отъ простыхъ упущеній; Н. Д. Сергѣевскій—терминомъ „преступное бездѣйствіе“. Нѣмецкій терминъ— „unechte Unterlassung“, французскій „délits de commission par omission“ или „par inaction“ Garraud, I, 165; Ortolan, I, № 608 (онъ находитъ, что „omission“ содержитъ въ себѣ указаніе на небрежность, поэтому можетъ вести къ заблужденіямъ). Не возбуждаетъ затрудненій противоположный случай: delictum omissivum per commissionem: неисполненіе обязанности, нарушеніе требовательной нормы можетъ состоять не въ бездѣйствіи, но и въ содѣяніи; врачъ не поѣхалъ къ больному, а поѣхалъ въ клубъ. Rohland. Kausallehre, 59.

вѣтственность за результатъ при delicta commissiva per omissionem, одинаково опредѣляя также условія отвѣтственности и расходясь только въ обоснованіи этого положенія.

2. Отвѣтственность предполагаетъ *слѣдующія условія:*

1) упущеніе должно состоять въ *неисполненіи обязанности* совершить ожидаемое или требуемое дѣйствіе;

2) *обязанность* къ дѣйствію должна быть *юридическая*; недостаточно моральной обязанности,

3) должна быть возможность совершить это дѣйствіе;

4) *упущенное дѣйствіе должно находиться къ результату въ такомъ отношеніи, что, если бы дѣйствіе было совершено, результатъ не послѣдовалъ бы*;

5) *въ моментъ упущенія* долженъ быть у субъекта *умыселъ* въ отношеніи наступленія результата, или же неосторожность.

Юридическая обязанность къ дѣйствію, т. е. *къ предотвращенію*, воспрепятствованію результату, предусмотрѣнному закономъ, *вытекаетъ* или

a) *изъ закона:* напр., матери, не кормившей ребенка, при наличности остальныхъ указанныхъ условій, вмѣняется смерть его, такъ какъ обязанность кормить возложена на нее закономъ [72]);

b) *изъ принятаго на себя обязательства*, поэтому за крушеніе поѣзда отвѣчаетъ стрѣлочникъ, не переведшій стрѣлки, не подавшій установленнаго сигнала, за смерть туриста отвѣчаетъ альпійскій проводникъ, оставившій его безъ помощи въ опасномъ мѣстѣ [73]);

---

72) См. ст. 1460 Ул. нак.: „Женщина, которая отъ стыда или страха, хотя и не умертвитъ своего внѣбрачнаго младенца, но оставитъ его безъ помощи и младенецъ отъ того лишится жизни" наказывается тюрьмою отъ 1½ г. до 2 лѣтъ. Въ силу закона обосновываютъ обязанность заботы, попеченія и устраненія вреда—отношенія семейныя, опекунскія, должностныя.

73) Французскій кассаціонный судъ призналъ виновнымъ хозяина заѣзжаго двора, отказавшаго въ уходѣ больному постояльцу, послѣдствіемъ чего была его смерть, въ неосторожномъ лишеніи жизни, въ виду нарушенія обязанности изъ договора. См. Ortolan, I, 262. пр. 1. Указанное въ текстѣ обязательство не требуетъ непремѣнно *договора* въ тѣсномъ смыслѣ и можетъ продолжаться и по окончаніи договорныхъ отношеній, напр. за истеченіемъ срока, до тѣхъ поръ, пока обязанное лицо не замѣнено другимъ, для выполненія тѣхъ же функцій

c) *изъ конклюдентныхъ фактовъ*[74]), т. е. изъ такихъ предшествующихъ дѣйствій того же субъекта, которыя равносильны принятію имъ на себя обязанности устранять возможный отъ нихъ или отъ развитыхъ ими силъ вредъ; кто создалъ для другого опасность тѣмъ самымъ обязался принять мѣры къ ея устраненію[75]): такъ, хорошій пловецъ, побудившій плохого отплыть дальше отъ берега обѣщаніемъ своей помощи, въ случаѣ усталости второго, отвѣчаетъ за его смерть, если не оказалъ ему помощи; рабочій, прорывшій вдоль улицы глубокую канаву и къ вечеру не установившій для предотвращенія несчастья предостерагательный

(см. Kohler, Stud. I, 55, 56_Bar II, 262, 21b). Поэтому отвѣчаетъ за результатъ и лицо, обѣщавшее сторожу замѣнить его на время его минутной отлучки, и не исполнившее обязанности; результатъ вмѣнимъ и сторожу—въ неосторожность. Ср. Rohland, Strafb. Unterlas., 74, Bar. II. 253; Сергѣевскій, прич. связь, 124 (не отвѣчаетъ сторожъ); Kohler, 59 (не отвѣчаетъ замѣнившій сторожа)

74) Liszt, 139, Meyer-Allf, 172; Rohland, Kausallehre, 57; Kohler, Stud., I, 59. Неосторожности уже въ моментъ положит. дѣянія требуетъ Merkel (-Liep.), 138; къ этому, повидимому, склоняется и Frank, 24. Проф Познышевъ при невиновности предшествующей положит. дѣятельности находитъ умѣстнымъ спеціальное постановленіе закона о наказаніи за неоказаніе помощи при возникшей изъ этой дѣятельности опасности (Осн. нач., 340). См. еще ниже пр. 104.

75) Такая обязанность иногда прямо устанавливается закономъ: такъ, 1081[1] ст. Ул. о нак. наказываетъ тюрьмой отъ 2 до 4 мѣсяцевъ лицо, по неосторожности или даже случайно повредившее или загромоздившее путь и не доведшее о семъ немедленно до свѣдѣнья желѣзнодорожнаго сторожа или иного наблюдающаго за безопасностью пути лица или не принявшее другихъ мѣръ къ предотвращенію опасности; если же послѣдствіемъ его поступка будетъ причиненіе кому-либо смерти или поврежденія въ здоровьѣ, то виновный подвергается, смотря по степени причиненнаго имъ вреда и другимъ обстоятельствамъ дѣла тюремному заключенію отъ 8 до 16 мѣс., или же заключенію въ крѣпости съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ или въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ. При наступленіи тѣхъ же послѣдствій наказаніе значительно мягче (тюрьма отъ 2 до 16 мѣсяцевъ), если повредившій путь не упустилъ указанной обязанности. довелъ до свѣдѣнья, принялъ всѣ мѣры предотвращенія. Раихсгерихтъ призналъ умышленнымъ лишеніемъ свободы дѣяніе подсудимаго, запершаго другое лицо по недосмотру и затѣмъ, по обнаруженіи этого, продержавшаго его взаперти.

фонарь, отвѣчаетъ за умышленное или неосторожное лишеніе жизни (или увѣчье) попавшаго въ канаву и сломавшаго себѣ ногу или убившагося прохожаго, если продолжая работать и замѣтивъ, что фонарь погасъ, не зажегъ его вновь, ибо полагалъ, что и такъ все обойдется благополучно, или же желалъ паденія въ канаву и смерти врага, приближавшагося въ это время къ опасному мѣсту.

Напротивъ, смерть тонущаго не вмѣняется въ вину лицу, которое видѣло происходящее и могло оказать помощь (напр. вытащить изъ воды, бросить канатъ, спасательный кругъ) и предотвратить гибель, но не сдѣлало этого, хотя-бы съ умысломъ, напр. желая гибели тонущаго. *Обязанность помощи погибающему* разсматривается, какъ нравственная, не дающая основанія требовать дѣйствія, направленнаго на предотвращеніе вреда[76]). *Иногда*, впрочемъ, *законодательства обращаютъ* эту обя-

76) Иного мнѣнія была старая доктрина. Такъ, Stübel, Thatbest. §§ 43—45; Borst (Таганцавъ, l. c.), не оказавшій помощи отвѣчаетъ за лишеніе жизни; обязанность помощи ближнему обосновывали общественнымъ договоромъ. Подробнѣе см. Glaser, Abhandl., I, 326, слѣд. Обще-гражданская обязанность препятствовать преступному результату выражается въ установленіи отвѣтственности за послѣдній попустителей и недоносителей о готовящемся преступленіи, особенно въ кодексахъ эпохи полицейскаго государства, какъ соучастниковъ въ преступленіи. Нѣкоторыя постановленія такого рода встрѣчаются въ римскомъ правѣ императорскаго періода при монетныхъ преступленіяхъ и laesio majestatis Напротивъ, L. 109 D. 50, 17 провозглашаетъ противоположное начало: «Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest». Съ другой стороны, предотвращеніе опасности вмѣнялось въ спеціальную обязанность служащимъ, солдатамъ въ отношеніи хозяина или начальника, членамъ семьи. Къ этой категоріи относится и L. 4 Dig. 25, 3: «necare videtur.. et qui alimonia denegat». Каноническое право приравнивало неоказаніе погибающему помощи убійству: „qui potuit hominem liberare morte et non liberavit eum occidit" См. еще Ortolan, I, 260.

Этотъ взглядъ и въ старомъ французскомъ (Ortolan № 604) и средневѣковомъ германскомъ правѣ (Geib, I, 191) и, несмотря на противоположное мнѣніе Jul. Clarus'a и Böhmer'a (Bar, II, 248), онъ проникаетъ и въ кодексы XVII и XVIII в. См. Glaser, l. c.; Bar., II, § 127

Отголоски эти взгляда сохранились и въ XIX в см. у Kohler'a (Stud , I, 49—51) объ отвѣтственности за недонесеніе, какъ за соучастіе въ аргентинскомъ уложеніи, у Kohl. и постановленіе Code Livingston. отвѣчаетъ, какъ за убійство, всякій, кто, видя приближеніе слѣпого къ пропасти, не предупредитъ его, и тотъ упадетъ туда. Но уже Feuer-

занность *въ правовую* и за неисполненіе ея устанавливаютъ уголовную отвѣтственность; такимъ образомъ *неоказаніе помощи* становится *delictum sui generis* и влечетъ обыкновенно незначительное наказаніе, напр.: арестъ, денежную пеню[77]). Наказуемость оправдывается въ такихъ случаяхъ асоціальнымъ настроеніемъ субъекта, проявляющаго огрубѣлость чувства, опасный нравственный индифферентизмъ; репрессія можетъ имѣть воспитательное, обще-превентивное значеніе. Конечно, эта обязанность можетъ быть устанавливаема правомъ въ гораздо болѣе тѣсныхъ границахъ, чѣмъ моралью; право не можетъ требовать альтруизма или самопожертвованія[78]) и должно отправляться отъ средней житейской соціальности личности. Поэтому оказаніе помощи вмѣняется въ обязанность закономъ только при извѣстныхъ условіяхъ: такъ, опасность должна угрожать другому лицу смертью или также важнымъ поврежденіемъ здоровья; должна быть наличная, немедленная, возникшая или продолжающаяся на глазахъ субъекта; оказаніе помощи не должно подвергать опасности его самого или *другихъ* лицъ. Такъ наше Угол. улож. въ не введенной въ дѣйствіе ст. 491-ой; Улож. о нак. (ст. 1521) не выдвигаетъ послѣдняго условія[79]) Иногда требуется для отвѣтственности, чтобы послѣдствіемъ неока-

---

bach, Lehrb., 50, 93 и Spangenberg (См. у Таганцева, Glaser'a, Bar'a, § 128) выступили за ограниченіе отвѣтственности за непредотвращеніе вреда случаями существованія юридической обязанности изъ закона или договора; объ обязанности изъ предшествующаго дѣянія (выше, подъ литерой *c*.) они не упоминаютъ; такъ и нѣкоторые новые криминалисты, напр. Sturm, Alberti (см. Meyer-Allfeld, 172, пр. 46).

77) Такъ Нидерланд. ул., ст. 450; Итальянск. ул., ст. 389; Угол. Улож., ст. 491 (не введен. въ дѣйствіе).

78) Ср. Таганцевъ, I, 646; Познышевъ, 337, Ortolan, I, № 606; Garçon, art., 295, № 21; Kohler, 48, 49.

79) Ст. 1521 Ул. о нак. гласитъ: „Кто, видя человѣка погибающаго и имѣя возможность подать ему помощь безъ явной для *себя* опасности, или же призвать на помощь къ нему другихъ или мѣстную полицію, не приметъ никакихъ для спасенія его мѣръ, тотъ за сіе, если онъ христіанинъ, и *отъ сей нечувствительности и небреженія* его оставленному безъ помощи *послѣдуетъ* смерть, предается церковному покаянію". Въ нашей литературѣ отмѣчалась неоднократно (см. Таганцевъ, I, 645; Познышевъ, 338) несообразность санкціи этой статьи въ

занія помощи было дѣйствительное наступленіе вреда, реализація опасности. Такъ Угол. Ул. и Ул. о нак. въ указанныхъ статьяхъ. Но и въ такомъ случаѣ результатъ не вмѣняется въ вину и можетъ не охватываться ею, а наступленіе его представляетъ собою *объективное условіе наказуемости* деликта неоказанія помощи: законодатель не считаетъ нужнымъ подвергать этотъ деликтъ репрессіи, если опасность все-таки миновала, происшествіе окончилось благополучно: такой исходъ можетъ служить доказательствомъ, что въ помощи не было дѣйствительной необходимости, и упомянутое условіе полезно для облегченія практики.

Не нуждается въ особыхъ поясненіяхъ требованіе, указанное выше подъ ц. 3: если дѣйствіе не могло быть выполнено, напр. вслѣдствіе физическаго принужденія—стрѣлочникъ не подалъ сигнала потому, что былъ связанъ злоумышленниками,—то бездѣйствіе не влечетъ отвѣтственности; здѣсь въ сущности нѣтъ никакого упущенія. Если однако невозможность была вызвана самимъ не исполнившимъ обязанности,—стрѣлочникъ напился и въ критическій моментъ спалъ,—отвѣтственность сохраняется по началу, принятому для actio libera in causa.

Вина, какъ указано, должна относиться къ моменту упущенія, не требуется, чтобы она была раньше: напримѣръ, умыселъ вызвать крушеніе поѣзда—въ моментъ поступленія стрѣлочника на службу, умыселъ или неосторожность въ отношеніи смерти плохого пловца или прохожаго—уже, когда послѣдовало обѣщаніе поддержки или когда рыли канаву. Въ приведенныхъ примѣрахъ въ моментъ положительнаго дѣйствія или совсѣмъ не было вины, напр.—рабочаго, совершавшаго дозволенное дѣйствіе и принявшаго мѣры предосторожности, или же была другая форма вины, напр.: въ самомъ подговорѣ заплыть далеко можно видѣть *неосторожность*; появленіе вины или измѣненіе ея формы относится къ моменту неоказанія поддержки хорошимъ пловцомъ, *умыслив-*

связи съ санкціей 1209 ст. Ул. о нак., опредѣляющей штрафъ до 100 руб. или арестъ до 3 мѣсяцевъ за неоказаніе при кораблекрушеніи помощи для спасенія не только корабля, но и товаровъ.

шимъ предоставить плохого пловца гибели, или къ моменту оставленія канавы ночью безъ предостерегательнаго знака.

Отъ этихъ случаевъ нѣкоторые криминалисты [80]) отличаютъ такіе, въ которыхъ результатъ вызванъ *продолженіемъ первоначальной невиновной дѣятельности, вина же является* не въ моментъ ея начала, а *позже*, но до момента ея окончанія, напримѣръ: кучеръ разогналъ лошадей слишкомъ быстро, видитъ вблизи лежащаго на дорогѣ пьянаго, можетъ остановить лошадей, но не дѣлаетъ этого, и лошади наѣзжаютъ на пьянаго и убиваютъ его. Если была неосторожность—кучеръ полагалъ сдержать лошадей сразу и остановить передъ самымъ лежавшимъ человѣкомъ, то для обоснованія отвѣтственности эта неосторожность несущественна, такъ какъ уже въ фактѣ развитія непомѣрной скорости, т. е. съ самаго начала, можно усматривать неосторожность въ отношеніи причиненія смерти, моментъ послѣдующаго упущенія не играетъ роли, весь случай представляется неосторожнымъ содѣяніемъ, причиненіемъ вреда положительнымъ дѣйствіемъ. Если же у кучера былъ умыселъ задавить пьянаго, то вина въ этой формѣ возникаетъ послѣ положительнаго дѣйствія, напр. удара кнутомъ, пусканія вожжей, т. е. въ такой моментъ, когда уже развитая сила предоставлена самой себѣ, и нуждается въ регулированіи; отсутствіе послѣдняго есть упущеніе, съ которымъ и надлежитъ связать умыселъ, какъ въ случаяхъ выше подъ литтерой с.; обязанность къ дополнительному дѣйствію вытекаетъ изъ предыдущаго положительнаго дѣйствія, какъ необходимое его слѣдствіе [81]).

Спорно значеніе четвертаго изъ указанныхъ условій отвѣтственности за delicta commissiva per omissionem. Здѣсь

---

80) Такъ Binding, Norm. II, § 49, Таганцевъ, I, 643, 644.

81) Rohland Kausallehre, 58, придаетъ значеніе тому, была ли положит. дѣятельность такая, что лицо не должно было ея предпринимать, Kohler, Stud., I, 60, видитъ здѣсь упущеніе, сходно Bar, II, 276, но онъ находитъ, что весьма трудно установить умыселъ, если онъ возникъ послѣ положит. дѣйствія, и провести различіе между продолженіемъ его и упущеніемъ дополнительной дѣятельности; это признаетъ и Kohler, Leitfad., § 20 Binding, l. c., и Таганцевъ видятъ здѣсь обыкновенное содѣяніе. См возраженія у Rohland'a, Unterlas, 66—71.

именно и сказывается отмѣченное разногласіе между криминалистами относительно основанія этой отвѣтственности. Въ XIX в. громадное большинство ученыхъ, главнымъ образомъ нѣмецкихъ, было того мнѣнія, что эти деликты наказуемы, такъ какъ въ нихъ есть необходимые для отвѣтственности субъективный и объективный элементы, т. е. вина и *причиненіе* результата. Со времени Людена всѣ усилія были направлены на то, чтобы установить этотъ послѣдній элементъ: открыть въ упущеніи положительное дѣйствіе, являющееся въ формѣ бездѣйствія. Эти попытки не привели къ желательному результату [82]) и въ сущности сызначала были обречены на неудачу. Дѣйствительно, если стрѣлочникъ не подалъ поѣзду предостерегательнаго сигнала, если хорошій пловецъ не помогъ плохому и т. д., то смерть послѣдняго или крушеніе поѣзда причинены съ точки зрѣнія *естественной, механической причинности* не тѣмъ нулемъ въ мірѣ дѣйствительности, который представляетъ собою бездѣйствіе пловца или стрѣлочника, а дѣйствительными силами: смерть пловца—погруженіемъ тѣла въ воду, прекращеніемъ доступа воздуха въ легкія проникшей водой и т. п., крушеніе—движеніемъ тѣла громадной тяжести по пути, на которомъ находилось другое такое же тѣло (напр., другой поѣздъ), скоростью движенія и т. д

3. Если относить причинность къ дѣйствію, предшествующему упущенію (такъ въ особенности *Глазеръ и Меркель*) [83]), то такое объясненіе годится только для случаевъ, указанныхъ выше подъ лит. с., но и тогда было бы непонятно, какъ можно связать отвѣтственность съ дѣйствіемъ, не содержащимъ вины, которая приходитъ позже въ моментъ упущенія; приходилось бы признать возможность dolus или

---

82) Что всѣ попытки установить причинность потерпѣли крушеніе. См. Hippel, M. Crim. ps. X, 98; Goldschmidt, Notstand, 23; Rümelin, op. c., 319.

83) Glaser, Abhandlungen, I, 297 слѣд. Merkel, Kriminal. Abh., I, 79, слѣд. и Merk.-Liepm., § 38.—Впервые эта точка зрѣнія намѣчена Krug'омъ, Abhandlungen (1861), 34—45. Но Krug игнорировалъ самое упущеніе, Glaser и Merkel придаютъ ему значеніе, но въ связи съ предшествующимъ дѣяніемъ: оно и упущеніе разсматриваются, какъ одно цѣлое.

culpa subsequens[84]), т. е. вины, слѣдующей за дѣяніемъ, между тѣмъ она справедливо отвергается, иначе слѣдовало бы наказывать, какъ убійцу, того, кто случайно столкнулъ другого въ яму и затѣмъ выразилъ удовольствіе по поводу полученнаго имъ смертельнаго перелома черепа. Въ другихъ случаяхъ упущенію или вообще не предшествуетъ положительное дѣйствіе (напр., если мать не кормитъ младенца, то такимъ дѣйствіемъ нельзя же признать актъ родовъ), или же предшествуетъ такое, въ которомъ нельзя видѣть причины позднѣйшаго вреда, такъ какъ оно можетъ имѣть только противоположное значеніе, напр.: поступленіе стрѣлочника на службу не есть причина крушенія, такъ какъ оно могло послѣдовать и безъ этого: такъ, при принятіи на себя обязанности стрѣлочника другимъ, можетъ быть, еще менѣе годнымъ для этого лицомъ Признавать въ этомъ причину, по остроумному замѣчанію Биндинга, значило бы принимать врача за причину болѣзни[85])

Были также попытки отыскать причину въ дѣйствіяхъ, предпринимаемыхъ лицомъ, не исполнившимъ обязанности, во время этого упущенія, вмѣсто требуемаго дѣйствія. Но этотъ взглядъ (Людена)[86]) не охватываетъ случаевъ, когда лицо, не совершающее этого дѣйствія, не совершаетъ и другихъ, остается просто пассивнымъ, напр стрѣлочникъ спитъ. Да и тогда, когда лицо дѣлаетъ что-либо другое, напр.:

---

84) Въ упущеніи самомъ по себѣ эти криминалисты видятъ нуль, съ которымъ нельзя связать вины; впрочемъ, Glaser, 301, полагаетъ, что она возможна до самаго момента, пока наступленіе или ненаступленіе результата зависитъ отъ воли совершившаго дѣянія. Чтобы обойти необходимость dolus subsequens, Merkel находитъ нужнымъ, чтобы уже при совершеніи положительнаго дѣйствія было возможно предвидѣть такое послѣдующее положеніе вещей, которое потребуетъ дополнительной дѣятельности для устраненія опасности, т. е. нужна предвидимость опасности, но тогда случайное предшествующее дѣяніе неспособно обосновать отвѣтственности, вопреки общепринятому взгляду, а въ случаяхъ, охватываемыхъ формулой Меркеля, можно было бы признать не болѣе, чѣмъ виновное поставленіе въ опасность, а не причиненіе вреда.

85) Binding, II, 228. У него же (§ 47) и Rohland'a (Strafb. Unterlas, § 4, § 5), подробный разборъ этой теоріи. См также Сергѣевскій, Прич. связь, II

86) Luden, Abhandlungen, 1840 г. II, особ. 221. Та же мысль, какъ указываетъ Rohland, 9, встрѣчается у юрьевск. проф Грегоровича, далѣе у Rauter и Austin'a (Lectures on jurisprud.).

мать прядетъ чулки вмѣсто того, чтобы кормить ребенка или слѣдить чтобы онъ не попалъ въ горящую печку, причиной результата, напр. смерти ребенка, было бы вязаніе чулокъ [87]). Но, по замѣчанію Бирлинга, содержаніе упущенія не заключается въ этомъ дѣйствіи· его можно замѣнить другимъ, но упущеніе останется по-прежнему [88])

Болѣе интересной, но сложной и все-же не достигающей цѣли была теорія *Биндинга*, принимаемая съ нѣкоторыми измѣненіями проф. *Сергѣевскимъ* [89]) и отчасти намѣченная еще раньше Биндинга *Бури*. Эта теорія старается установить, что упущеніе есть причиненіе, такъ какъ въ кажущемся бездѣйствіи заключается уничтоженіе отрицательнаго условія результата, т. е условія, препятствующаго его наступленію. Это уничтоженіе вызываетъ перевѣсъ положительныхъ, содѣйствующихъ результату условій и такимъ путемъ причиняетъ послѣдній.

Бури [90]) первоначально видѣлъ отрицательное условіе въ самой волѣ лица предотвращать результатъ, а уничтоженіе этого условія въ подавленіи этой воли. Съ этой точки зрѣнія, подлежалъ бы отвѣтственности за убійство и случайный свидѣтель чужой опасности, подавившій cum animo necandi желаніе подать помощь. Поэтому Бури позже обращаетъ главное вниманіе на обязанность воспрепятствованія результату и отрицательнымъ условіемъ признаетъ сознаніе обязанности къ дѣйствію. Но подавленіе воли или этого сознанія предполагаетъ непремѣнно умыселъ и вообще психическую дѣятельность субъекта, неосторожное причиненіе посредствомъ упущенія остается непонятнымъ, какъ и причиненіе, когда не исполнившій обязанности, напримѣръ, спалъ

Биндингъ, оперируя съ волей предотвращенія послѣдствій (Abwendungswille), придаетъ значеніе и предшествующей положительной дѣятельности субъекта [91]), которая выдвигается на первый планъ Сер-

---

87) По поводу этого возраженія, сдѣланнаго еще Krug'омъ, op. c , 30; Сергѣевскій, Причин. связь, II, 87, пр. 1, говоритъ, что оно несущественно для взгляда Luden'a, который даже впослѣдствіи болѣе не приводитъ указаннаго въ текстѣ довода, но безъ послѣдняго мнѣніе Людена остается просто утвержденіемъ, что упущеніе причиняетъ. Правда, независимо отъ этого Люденъ все же основалъ направленіе въ наукѣ, выдвигающее и при упущеніи значеніе для отвѣтственности за результатъ причинности, но при извѣстномъ пониманіи послѣдней, эта заслуга очень сомнительна· Люденъ родоначальникъ множества безплодныхъ конструкцій

88) Bierling, III, 24.

89) Binding, Normen, § 48, Сергѣевскій, Прич. связь I, 94—140; Учебн., 276.

90) Buri, Causalit. (1873 г.), 98—101; GS. 1869 г. 189, слѣд.; Causalit. (1885 г.), 15. Сходно Janka (-Kallina), 69. Теорія Бури получила названіе „Interferenztheorie".

91) при томъ для установленія причинности упущенія, тогда

гѣевскимъ. Не касаясь подробностей и разногласій между ними, можно только иллюстрировать на примѣрѣ сущность этой теоріи: лицо, опрокинувшее въ приведенномъ выше примѣрѣ фонарь, предостерегавшій прохожихъ объ опасности, уничтожило отрицательное условіе паденія и смерти прохожаго: если бы это лицо возстановило и зажгло фонарь, оно поставило бы новое отрицательное условіе и тѣмъ снова нейтрализовало бы положительныя условія паденія (опасность глубокой канавы); такое же значеніе имѣло бы другое равносильное дѣйствіе этого лица, напр., если бы оно стало у опаснаго мѣста, чтобы предупреждать прохожихъ; это лицо само стало бы отрицательнымъ условіемъ. Если затѣмъ оно бездѣйствуетъ, не предупреждаетъ, оно уничтожаетъ отрицательное условіе, снова развязываетъ къ дѣйствію положительныя условія и причиняетъ результатъ (паденіе). Такимъ образомъ недостаточно уничтоженія субъектомъ *имъ* же поставленнаго отрицательнаго условія: оно не измѣняетъ равновѣсія силъ[92]), плюсъ и минусъ взаимно уничтожаются (кто, замѣтивъ, что мостикъ черезъ пропасть грозитъ обваломъ, сталъ, чтобы предупредить туристовъ, затѣмъ ушелъ, такъ какъ ему эта роль надоѣла, не отвѣчаетъ за смерть провалившагося вмѣстѣ съ мостикомъ туриста)[93]), требуется еще предыдущее уничтоженіе поставленнаго *другими* отрицательнаго условія. Такое же значеніе имѣетъ поставленіе въ предшествующій упущенію моментъ положительнаго условія подговоръ плохого пловца —положительное условіе, обѣщаніе поддержки—отрицательное условіе его гибели, неисполненіе обѣщанія—уничтоженіе отрицательнаго условія, нейтрализовавшаго созданное этимъ лицомъ положительное условіе

какъ у Buri эта дѣятельность имѣетъ значеніе, какъ обстоятельство, обосновывающее «Abwendungswille», или же сознаніе *обязанности* предотвращенія результата, въ отличіе отъ неоказанія помощи случайнымъ свидѣтелемъ опасности. У Биндинга намѣренье препятствовать результату есть отрицательное условіе.

92) Binding, II, 234, слѣд.; Сергѣевскій, Прич. связь, I, 107

93) Въ связи съ этимъ возникаетъ вопросъ, отвѣчаетъ ли за причиненіе результата тотъ, кто бросилъ обратно въ воду спасеннаго имъ утопавшаго, узнавъ въ немъ врага, уничтоженіе отрицательнаго условія, казалось бы, также ничего не измѣняетъ, однако здѣсь признается отвѣтственность, такъ какъ второе дѣйствіе разсматривается внѣ связи съ предшествующимъ, какъ если бы оно (спасеніе) было совершено другимъ лицомъ. См. Сергѣевскій, Прич. связь, 103—105; Binding, Norm, II, 235. Въ дѣйствительности отвѣтственность за утопленіе обосновывается весьма просто, если не запутывать вопроса понятіемъ отрицательныхъ условій вопросъ сводится къ тому, имѣетъ ли предшествующее спасеніе того же лица значеніе обстоятельства, исключающаго противоправность послѣдующаго посягательства на него; отвѣтъ, конечно, отрицательный, ибо законъ такого изъятія изъ нормъ не установилъ. Ср. Kohler, Stud., I, 61.

(подговоръ къ опасному плаванью). Уничтоженіе отрицательнаго условія остается однако и здѣсь внутреннимъ психическимъ процессомъ: человѣкъ не предупреждаетъ, молчитъ, спитъ; хорошій пловецъ остается вдали отъ тонущаго товарища или не протягиваетъ ему руки; и не этотъ процессъ, не factum internum причиняетъ внѣшнее измѣненіе —паденіе прохожаго, погруженіе плохого пловца въ воду, а сила тяжестй и т. п.[94])

4. Иначе смотрятъ на указанное (401) подъ цыфрой 4 условіе въ послѣднее время. Несомнѣнно, невоспрепятствованіе результату, при остальныхъ отмѣченныхъ выше (стр. 401) условіяхъ, можетъ влечь отвѣтственность за результатъ только въ томъ случаѣ, если при наличности упущеннаго дѣйствія онъ не наступилъ бы въ его конкретномъ проявленіи (въ томъ же порядкѣ). Такимъ образомъ эта зависимость *сходна*[95]) *съ причинною связью при содѣяніяхъ*, но, въ то время какъ для установленія послѣдней, мы исключаемъ мысленно интересующее дѣйствительное дѣяніе, т. е. нѣчто реальное, чтобы опредѣлить ходъ событій безъ этого условія, при упущеніяхъ мы мысленно вставляемъ въ дѣйствительную причинную цѣпь *воображаемое* звено, спрашиваемъ себя, наступилъ ли бы такъ же результатъ, если бы было совершено опредѣленное дѣйствіе[96]). Количество такихъ дѣйствій, ко-

---

94) Liszt, 140; подробный разборъ теоріи Биндинга и Сергѣевскаго сдѣланъ Rohland'омъ, Strafb. Unterlas., 64, слѣд., 99, слѣд. Камень преткновенія этой теоріи также въ невозможности разсматривать поступленіе на службу стрѣлочника или рожденіе матерью младенца, какъ поставленіе положительнаго условія результата, напр. смерти.

95) Такъ Liszt, § 30, Kohler, Leitfad., § 20—V, называетъ эту зависимость quasi—причинной связью. Дѣйствительную причинность упущенія отрицали уже Hertz, Unrecht, 196, и юрьевск. проф. Грегоровичъ (см. о немъ у Rohland'a, 115, 116); въ томъ же смыслѣ нынѣ Stooss, § 30—2; Beling, Grundzuge, 42; Trager, op. c., 63 и 71; Finger, I, 290, 291 (впрочемъ, въ одномъ случаѣ онъ признаетъ причинность, см. § 55—V, безъ достаточнаго основанія; противъ этого изъятія Bierling, III, 85, пр.), H. Meyer (5-е изд.), 195 и друг. (см. у Liszt'a и Fingera); въ этомъ смыслѣ далѣе Vidal, 135, 136, и особенно Laborde, Précis (1911), 35 („on *assimilera* ces abstentions .. aux faits"); Prins, № 173. Garraud, I, 166, говоритъ только: „certains délits d'action peuvent se commettre par inaction"; сходно Ortolan, I, 263.—Поэтому параллельно съ преступнымъ дѣяніемъ Листъ говоритъ о преступномъ невоспрепятствованіи результату.

96) Поэтому нельзя согласиться съ мнѣніемъ Lammasch'a, § 10 – III,

торыя могли бы предотвратить результатъ очень велико, но указанный вопросъ умѣстенъ только въ отношеніи того изъ нихъ, котораго было *основаніе ожидать съ достаточной увѣренностью, а она можетъ опираться именно на юридическую обязанность* опредѣленнаго лица предотвращать вредное послѣдствіе. Такимъ образомъ не само по себѣ бездѣйствіе позволяетъ отнести къ нему результатъ, если бы даже между ними существовала зависимость, сходная съ причинной связью, а лишь такое бездѣйствіе, которое составляетъ неисполненіе правовой обязанности. Именно поэтому крушеніе поѣзда можно поставить въ вину стрѣлочнику, не подавшему сигнала, но не постороннему лицу, хотя бы оно видѣло, что путь поврежденъ, что приближается поѣздъ, что стрѣлочникъ не на посту или заснулъ, и знало, что для предупрежденія машиниста нужно выставить красный флагъ. Уже отсюда ясно, что упомянутая зависимость результата отъ бездѣйствія *не есть причиненіе*, такъ какъ съ объективной стороны бездѣйствіе стрѣлочника и бездѣйствіе посторонняго лица ничѣмъ не отличаются одно отъ другого: выставь это лицо красный флагъ, крушенія не было бы, и, если бы бездѣйствіе было причиненіемъ результата, предусмотрѣннымъ закономъ, то и это лицо подлежало бы от-

---

и Frank'a, 23, что причинность упущенія несовмѣстима только со взглядомъ на нее, какъ на causa efficiens, или какъ на дѣйствующую силу, и что, если понимать подъ причиной постоянную зависимость явленія отъ суммы предыдущихъ, то бездѣиствіе можетъ быть разсматриваемо какъ такое же условіе, что и дѣйствіе, плюсъ или минусъ *a* это условіе, отрицательное или положительное условіе (въ смыслѣ иномъ, чѣмъ у Биндинга),—не имѣетъ значенія (Frank). Справедливо говоритъ Kitzinger, Zeit und Ort d Handl. (1902), 142, по поводу такого же мнѣнія Landsberg'a, op. c., что и такое пониманіе причины, какъ суммы предыдущихъ, предполагаетъ реальныя условія, а не воображаемыя, и что распространеніе и на нихъ понятія причины противорѣчитъ любому философскому ученію. См еще Finger, 290; Rohland, I, 110, пр. 2 (слова Janka); Bierling, III, 82, 83 если говорятъ о причинѣ въ смыслѣ философскомъ или онтологическомъ, необходимое предположеніе, что среди условій исключительно условія въ смыслѣ физическомъ или метафизическомъ, т. е. дѣйствующія силы. Впрочемъ, Франкъ имѣетъ въ виду житейское понятіе причины. Сходно съ Франкомъ Allfeld (Meyer-Allf.), § 28—2.

вѣтственности, предполагая его умыселъ или неосторожность. Если есть различіе, то не въ упомянутой зависимости, а въ правовомъ положеніи стрѣлочника и посторонняго въ отношеніи результата обязанность лежала только на первомъ. Центръ тяжести вопроса и заключается въ томъ, когда можно признать такую обязанность. На этотъ вопросъ уже данъ отвѣтъ выше.

Было бы однако неправильно считать основаніемъ отвѣтственности за результатъ и одно нарушеніе обязанности: отсюда бы вытекала отвѣтственность только за это, напр. за неисполненіе стрѣлочникомъ правилъ желѣзно-дорожной службы, если оно составляетъ самостоятельный деликтъ; необходима и упомянутая связь, аналогичная причинной. Поэтому пожарный на каланчѣ, не подавшій при начавшемся пожарѣ сигнала для выѣзда пожарной команды, не можетъ отвѣчать за поджогъ или за неосторожное уничтоженіе имущества огнемъ: пожаръ могъ распространиться и при своевременной дачѣ сигнала[97]); результатъ можетъ быть поставленъ въ связь, скорѣе, съ другими ожидаемыми и юридически обязательными дѣйствіями, которыя не послѣдовали, напр.: съ невызовомъ по телефону пожарной команды замѣтившимъ пожаръ владѣльцемъ застрахованнаго имущества, или съ непринятіемъ вообще мѣръ къ тушенію возникшаго пожара.

Можетъ однако возникнуть вопросъ, на чемъ основаны эти принятыя наукой положенія и имѣютъ ли они точку опоры

---

97) Ср. замѣчаніе Wharton'a, приводимое Kohler'омъ op. c. 53, пр.; такимъ образомъ заключеніе, что исполненіе обязанности предотвратило бы результатъ, представляется недостаточно надежнымъ. Правильно указываетъ Kohler (Stud., I, 53), что пожарный не имѣетъ задачей предотвращеніе вреда, угрожающаго опредѣленному имуществу, что его функція болѣе общая; Kohler отвергаетъ здѣсь т. назыв. соціальную причинность (см. ниже), Bar адекватность причиненія, потому что обычно не возлагаютъ расчета, что пожарный, стоящій на посту, предотвратитъ пожары. См. еще Frank, 24 (не со всякой обязанностью къ дѣйствію связывается обязанность предотвращать результатъ, напр. не связывается съ обязанностью, согласно § 360 St.G.B. являться на помощь по требованію полиціи въ случаяхъ общей опасности). Rümelin, отвергаетъ въ подобныхъ случаяхъ адекватную причинность (op c. 321—32÷). См. еще Сергѣевскій, Прич. связь, I, 116, 117

въ дѣйствующемъ правѣ? Какимъ образомъ человѣкъ можетъ отвѣчать за то, чего онъ не причинилъ? Прежде наука стремилась найти въ упущеніи причиненіе, но, если это не удалось и вообще невозможно, то не вытекаетъ ли отсюда, что эту отвѣтственность слѣдуетъ отвергнуть? Изъ новѣйшихъ криминалистовъ къ этому выводу и на этомъ основаніи приходитъ *Гарсонъ*[98]) и de lege lata, въ виду молчанія закона о наказуемости delicta commissiva per omissionem, и отчасти de lege ferenda, въ виду того, что причинить смерть или иной преступный результатъ и только не воспрепятствовать ему далеко не одно и то же, и доказываніе умысла въ послѣднемъ случаѣ встрѣтитъ непреодолимыя затрудненія; къ тому же такіе случаи крайне рѣдки. Эти практическія соображенія отчасти вѣрны, но все же преувеличены; къ тому же упущенія играютъ большую роль при неосторожности, какъ признаетъ и Гарсонъ. Если вина при delicta commissiva per omissionem меньше, преступное настроеніе менѣе интенсивно—субъектъ скорѣе пользуется обстоятельствами, чѣмъ создаетъ ихъ,—то въ этомъ можно видѣть основаніе развѣ только для меньшей наказуемости[98a]).

Напротивъ, *въ наукѣ принципъ отвѣтственности за результатъ при упущеніяхъ остается не поколебленнымъ, несмотря на отрицаніе за ними причинности.* Это мнѣніе находитъ опору въ тѣхъ постановленіяхъ положительнаго права, которыя прямо предусматриваютъ такую отвѣтственность обязанныхъ лицъ за невоспрепятствованіе результату[99]). Эти постано-

98) Garçon art. 295, № 18—34. Онъ допускаетъ de lege ferenda отвѣтственность за результатъ (смерть) лишь при неисполненіи обязанности въ отношеніи безпомощныхъ лицами, у которыхъ они на попеченіи, если послѣдствіемъ будетъ смерть (№ 26); такъ, законъ 19 апр 1898 года по поводу лишенія не достигшаго 15-лѣтняго возраста ухода или пропитанія съ намѣреньемъ лишить жизни (№ 28); наказаніе, какъ за assassinat или покушеніе на это (тяжкое) убійство. Garçon (art. 295, № 33) указываетъ, что французской практикѣ неизвѣстны случаи преслѣдованія за убійство посредствомъ упущенія. Ср. выше, пр 73. Напротивъ, англійское право знаетъ такіе случаи см. Archbold, Pleading (1900 г.), 769, 770, напр. оставленіе отцомъ ребенка безъ медицинской помощи, повлекшее смерть послѣдняго—manslaughter. См. также Wharton, I, § 130.

98a) Такъ Сергѣевскій, Прич. связь, 135, 136, Бѣлогриць—Котляр., 200; Vidal 136.

99) См. выше ст. 1460, 1085, 1080[1] Ул. о нак.

вленія можно разсматривать, какъ признаніе указаннаго принципа, который подлежитъ распространенію и на аналогичные случаи, не предусмотрѣнные закономъ вслѣдствіе ихъ разнообразія, вслѣдствіе технической трудности созданія соотвѣтствующихъ составовъ[100]). Затрудненіе остается однако съ одной стороны, въ вопросѣ о размѣрахъ наказуемости содѣяній посредствомъ упущенія, которыя иногда, напр въ нашемъ правѣ, вызываютъ тамъ, гдѣ они предусмотрѣны *особое* наказаніе, иное, чѣмъ положительныя дѣянія[101]); въ случаяхъ, не предусмотрѣнныхъ закономъ, приходилось бы примѣнять наказаніе такое же, какъ при соотвѣтствующихъ содѣяніяхъ[102]), съ другой стороны, распространеніе обязанности предотвращать вредъ на случаи, когда раньше было совершено дѣйствіе, предполагающее въ дальнѣйшемъ устраненіе опасности, можетъ представляться спорнымъ[103]). Поэтому законодательное регулированье вопроса на указанныхъ выше основаніяхъ было бы желательно[104]); но едва ли можно высказаться за смягченіе отвѣтственности внѣ обычныхъ рамокъ, предоставляемыхъ усмотрѣнію суда. Не говоря уже о томъ, что отдѣльный случай нельзя признать рѣшающимъ, что для выбора наказанія имѣетъ значеніе вся личность виновнаго, не слѣдуетъ забывать, что достиженіе преступной цѣли посредствомъ упущенія легче, представляетъ больше соблазна для преступника; установленіе

---

100) См. Finger, I, 291; Beling, Grundzuge, 43 („запретъ убивать слѣдуетъ толковать, какъ запретъ причинять смерть или упускать спасеніе отъ опасности смерти“, при наличности обязанности къ этому). Противъ такого распространенія постановленій, содержащихъ запретъ содѣяній, на упущенія Garçon, art. 295, №№ 27, 29.

101) Такъ, оставленіе матерью внѣбрачнаго младенца безъ помощи въ случаѣ его смерти карается тюрьмой на $1^1/_2$—$2^1/_2$ г., а дѣтоубійство—тюрьмой на срокъ 4 г.—6 лѣтъ (ср. ст. 1460 и 1454 ст. Ул о нак.); наказаніе по 1081^1 ст. Ул. о нак. (см. выше) гораздо строже, чѣмъ за неосторожное лишеніе жизни, пред. 1466 ст.

102) На вопросъ о размѣрѣ наказанія обращаетъ вниманія Garçon, l. c. № 31.

103) Merkel (-Liepm), 136, Meyer-Allfeld, 170, Сергѣевскій, Учебн., 280.

104) Contra Bar, II, 270, излишнимъ находитъ это С. В. Познышевъ, § 206, усматривая, кромѣ случаевъ, указанныхъ выше (на стр. 402 подъ литерой *с.*), обыкновенное причиненіе.

умысла труднѣе, поэтому предпріятіе менѣе рискованно, и это можетъ быть учтено какъ разъ наиболѣе ловкими и тонкими злоумышленниками.

Конечно, независимо отъ отмѣченнаго пробѣла дѣйствующаго права, и съ точки зрѣнія теоретической можетъ существовать сомнѣніе [105]). Но для примѣненія наказанія существенны наличность преступнаго настроенія и внѣшнее его выраженіе въ достаточно уловимой формѣ, а эти условія существуютъ и при упущеніяхъ этого рода. настроеніе имѣетъ здѣсь отношеніе къ опредѣленному въ *законѣ* результату [106]), представляется враждебнымъ правовому благу и проявляется во внѣ въ формѣ, не менѣе опредѣленной, чѣмъ при положительномъ дѣяніи. Въ виду этого, *съ уголовно-политической точки зрѣнія, есть всѣ основанія приравнять невоспрепятствованіе причиненію*, при наличности остальныхъ выше означенныхъ условій. Въ сущности только по внѣшности отличается отъ этого взгляда взглядъ криминалистовъ, которые и нынѣ признаютъ въ упущеніи *причинность*, но въ *иномъ смыслѣ*: это *причинность юридическая или соціальная* [107]), или причинность *на языкѣ закона* или въ житейскомъ значеніи слова [108]), т. е. также только подобіе причинности, нѣчто съ нею сходное. Отличіе этого взгляда состоитъ только въ томъ, что Листъ и друг. указанные раньше (при-

---

105) на необходимости для отвѣтственности причиненія настаиваютъ Merkel-Liepmann, 136; Janka, 67; Meyer-Allfeld, l. c. Сергѣевскій, l. c., Таганцевъ, 651 и друг. Что это не аксіома, признаетъ Платоновъ. op. c., не устанавливая, впрочемъ, никакихъ основаній или условій отвѣтственности за «невмѣшательство».

106) См. выше, главу VII, 196, 197. Недостаточно основаніе, приводимое Баромъ (II, 260): виновный въ delictum commissionis per omissionem— дурной, достойный наказанія человѣкъ. См. еще Trager, op. c., 71.

107) Такъ Rohland (Strafb. Unterlas., 74, 111, 121), примыкая къ Зигвартu и Виндельбанду; см. также Rohland, Kausellehre, 37 (normative Kausalität, Zweckkausalitat), 40, 41, 57 („тамъ, гдѣ вина, тамъ и причинность"); Kohler, Stud., I, 46, Bar, § 137 (для причинности имѣетъ значеніе этическая оцѣнка; стр. 260, 261); Bierling, III, 82.

108) Такъ особенно Frank, Lammasch, Allfeld, l. c. Kitzinger, 146, 147; Bar, l c. По существу такъ и Landsberg (см. подробный разборъ его взгляда у Kitzinger'a, 135, слѣд.)

мѣч. 95) невоспрепятствованіе *приравниваютъ* содѣянію, между тѣмъ сейчасъ упомянутые криминалисты находятъ, что положительному праву чуждо строго научное пониманіе причиненія и послѣднее оно усматриваетъ, при наличности обязанности, и въ невоспрепятствованіи; такимъ образомъ и безъ особаго упоминанія закона оказывается возможнымъ примѣнять постановленія о содѣяніяхъ и къ упущеніямъ [109]). Дѣйствительно, напр. наше право въ ст. 1060, 1085, 1081[1] говоритъ о смерти, поврежденіи здоровья, *сопровождавшихъ* или бывшихъ *слѣдствіемъ* неисполненія обязанности, т. е. придаетъ упущенію причиняющее значеніе. Но вопросъ, нарушеніе какихъ именно обязанностей имѣетъ, съ точки зрѣнія закона, такое значеніе, вытекаетъ ли обязанность также изъ предыдущаго положительнаго дѣйствія,—остается открытымъ и при этомъ взглядѣ, и отвѣтъ можетъ быть полученъ снова только посредствомъ аналогіи.

Изъ теорій, стремящихся установить особое понятіе причинности, которое должно соотвѣтствовать взгляду положительнаго права, наиболѣе оригинальна теорія Колера—соціальной причинности: личность, исполняющая опредѣленную соціальную функцію, стоящая какъ-бы на посту, уподобляется Колеромъ колесу или звену механизма соціальнаго строя, такая личность какъ-бы раздваивается: она и субъектъ и объектъ, бездѣйствуя, она вынимаетъ колесо изъ этого механизма, и не выполняющій своей функціи равенъ тому, кто препятствуетъ функціонированію другого звена. Далѣе Колеръ опредѣляетъ, въ какихъ случаяхъ можно сказать, что лицу ввѣренъ опредѣленный постъ, т. е. когда на лицѣ лежитъ обязанность дѣйствовать для предотвращенія результата. Этотъ вопросъ Колеръ рѣшаетъ такъ же, какъ сторонники господствующей теоріи и теоріи юридической причинности упущенія. Что же касается основанія ученія—т. е. самой соціальной причинности, то соображенія Колера не болѣе, чѣмъ красивое сравненіе.

Въ связи съ упущеніемъ и ученіемъ объ уничтоженіи отрицательныхъ условій разсматривается часто вопросъ о воспрепятствованіи другому въ дѣйствіяхъ, предпринимаемыхъ имъ для спасенія третьяго лица, напримѣръ: B. отказываетъ вытащеннаго изъ воды C. или бросаетъ тонущему веревку или бросается въ воду, чтобы доплыть до него и вытащить изъ воды, D. перерѣзываетъ веревку, или же не пускаетъ B. продолжать его дѣйствія. Въ этихъ случаяхъ D. совершаетъ положительное дѣйствіе и, если, не будь послѣдняго, смерть не послѣдовала бы, оно находится въ причинной связи съ этимъ результа-

109) См., напр. Bierling, III, 84.

томъ, который можетъ быть вмѣненъ D. въ умыселъ (или неосторожность) [110]). Такъ какъ бездѣйствіе B. вынужденное, онъ не подлежитъ отвѣтственности.

---

110) Frank, 23; Buri, Causalität, 98. Kohler, op. c. 64, говоритъ объ „abgeleitetes Unterlassungsdelikt“ и полагаетъ, что дѣяніе постольку причиняетъ, поскольку неоказаніе помощи противорѣчитъ соціальной обязанности; но воспрепятствованіе и лицу не обязанному спасать, а добровольно спасавшему причиняетъ результатъ, если спасеніе вѣроятно и не угрожаетъ опасностью приходящему на помощь; въ противномъ случаѣ удерживающій дѣйствуетъ правомѣрно и не есть causa mortis: такъ, если жена удерживаетъ мужа. Въ дѣйствительности однако и *это* удержаніе можетъ быть въ причинной связи съ результатомъ, но можетъ не вызывать отвѣтственности, потому что это случай крайней необходимости. См еще Сергѣевскій, Прич. связь, I, 123 устраненіе лицъ, дѣйствующихъ въ качествѣ отрицательнаго условія, имѣетъ точно такое же значеніе, какъ и уничтоженіе всякихъ другихъ отрицательныхъ условій.

ГЛАВА XIII.

Противоправность дѣянія и обстоятельства, ее исключающія.

I. Противоправность, какъ признакъ преступнаго дѣянія. II. Обстоятельства, исключающія противоправность: 1. значеніе отказа субъекта правоохраненнаго интереса отъ этого послѣдняго (посягательства на собственныя блага и согласіе потерпѣвшаго). a. зависимость вопроса отъ опредѣленія истиннаго объекта посягательства и значеніе состава отдѣльныхъ преступленій; b. самоубійство, участіе въ немъ и убійство по согласію (требованію); c. американская дуэль; d. согласіе потерпѣвшаго при тѣлесныхъ поврежденіяхъ; e. условія дѣйствительности согласія. 2. Вопросъ о ненаказуемости врачебной дѣятельности, въ особенности хирургическаго вмѣшательства. 3. Исполненіе закона и приказа по службѣ 4. Осуществленіе публичнаго или частнаго права.

Литература очень богата изслѣдованіями, относящимися къ отдѣльнымъ вопросамъ; о противоправности вообще см. особенно: Hold von *Ferneck*. Die Rechtswidrigkeit. $190^{3}/_{5}$ (въ 2 т.) *Graf zu Dohna*. Die Rechtswidrigkeit и т. д., 1905. *Zitelmann*. Ausschluss der Widerrechtlichkeit. 1906 (Arch. f. civil. Praxis. 99 т.) *Nagler*. Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit въ Festschrift f. Binding. II (1911 г.), далѣе—уже упоминавшіяся работы *Kohlrausch'a*, Irrthum, *M. Mayer'a*, Rechtsnormen, *Beling'a*, Verbrechen; *Bar'a*, Gesetz und Schuld, III; *Heimberger*, V. D. IV, 1, и его же историч. изслѣд. Zur Lehre vom Ausschluss der Rechtswidrigkeit. 1907. Къ ц 1, кромѣ сейчасъ указанныхъ, см. особенно: *Gerland* въ V. D., II. *Liszt* въ V. D. B. Th., V. *Kessler*. Die Einwilligung des Verletzten. 1884. *Holer*. D. Einwil. d. Verletz. 1905. *Розинъ* въ Вѣст Пр. 1899 г. IX. *Ferri*. Homicidio-suicidio. 1895. Указанія на франц. и итальянск. литературу о самоубійствѣ, соціологич. содержан. см. у Vidal, 351, другія указанія литер. по этому вопросу у Allfeld'a и Bar,a. Къ ц. 2 изъ обширной литер. см. особенно: *Мокринскій*. Медицина въ ея конфликтахъ съ угол. правомъ. 1914 (Ж. М. Ю. № 4 и 5). *Ширяевъ*. Уголовная отвѣтственность врачей. 1904. *Трегубовъ*. Уголовная отвѣтственность врачеванія безъ согласія больного Ж. М. Ю 1904. № 3. *Таганцевъ*—„Право“, 1902 г. № 12. *Щегловитовъ*, тамъ же № 51 и 52 *Heimberger*, V. D., IV. *Геймбергеръ*, Уголовное право и медицина (съ

нѣмецк), 1900 г *Stooss.* Chirurgische Operation und arztliche Behandlung. 1898. *Löffler,* V. D. Bes. Th, V.—Къ ц. 3. *Друцкой,* Причины невмѣненія въ военно-уголовномъ, правѣ. 1902. *Kleinfeller* въ V. D. I. *M. Mayer.* Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten въ Festschrift fur Laband (1908). *Van Calker.* Die Strafrechtl. Verantwortlichkeit fur auf Befehl begangene Handlungen. 1891 Къ ц 4 *Фельдштейнъ* въ Ж. М. Ю. 1899 г. № 5. Kleinfeller, l. c. Изъ курсовъ особ. *Таганцевъ,* I; *Binding,* Handbuch; Chauveau et *Hélie,* Théorie du code pén., I и III; *Manzini,* II См. далѣе литер., указ. въ примѣч. къ настоящей главѣ.

I. Объектъ преступнаго посягательства, какъ было указано, составляютъ правоохраненные интересы. Но правовая защита ихъ не имѣетъ безусловнаго характера: могутъ быть обстоятельства, въ силу которыхъ право лишаетъ защищаемый имъ вообще интересъ своей охраны; направленное на послѣдній дѣяніе теряетъ въ такомъ случаѣ значеніе противоправнаго, а, если оно было вообще, т. е. внѣ этихъ обстоятельствъ, наказуемымъ, то при ихъ наличности вмѣстѣ съ противоправностью отпадаетъ и наказуемость этого дѣянія.

Такія, *исключающія противоправность или оправдывающія обстоятельства*[1]) измѣняются въ зависимости отъ эпохи и культурнаго уровня данной страны. Нѣкоторыя изъ нихъ, извѣстныя древнимъ и средневѣковымъ законодательствамъ, нынѣ утратили значеніе: такъ, дозволялось убійство ноч-

---

1) Rechtfertigungsgründe, Unrechtsausschliessungsgrunde, causes de justification (Garraud) или съ прибавленіемъ—objectives (Prins), fatto giustificato. Эти обстоятельства слѣдуетъ отличать отъ устраняющихъ виновность, а также отъ устраняющихъ наказуемость (напр. давность), далѣе отъ объективныхъ условій наказуемости и отъ условій уголовнаго преслѣдованія (жалоба потерпѣвшаго). См. выше стр. 166, пр. 36. Эти условія и обстоятельства, устраняющія наказуемость (или погашающія наказаніе), не суть признаки состава и могутъ не сознаваться субъектомъ, вина на нихъ не распространяется; иначе противоправность, см. выше, стр. 325. Если дѣяніе ненаказуемо, но не въ силу отпаденія противоправности, то сохраняются гражданскія послѣдствія дѣянія, которое осталось противоправнымъ. Возможны, впрочемъ, случаи, когда и правомѣрныя дѣянія, вдекутъ обязанность возмѣщенія вреда, см. Bar, III, 16 и особ. Merkel, Collision rechtsmassig. Interes. (См. здѣсь, слѣд. главу); ср. противоположное мнѣніе пр. Познышева (Осн. нач., 142). О терминѣ „отрицат. признаки состава“ для обозначенія оправдывающихъ обстоятельствъ см. выше, стр. 307.

ного вора, застигнутаго in flagranti, уродливыхъ дѣтей, лицъ, лишенныхъ мира, позже—лицъ, присужденныхъ къ смертной казни[2]). Установленіе какого-либо общаго принципа для опредѣленія моментовъ, съ которыми должно связываться устраненіе противоправности, такъ же невозможно[3]), какъ невозможно установленіе матеріальныхъ признаковъ преступной неправды или понятія естественнаго преступленія.

Только тогда обстоятельство можетъ разсматриваться, какъ исключающее противоправность, когда это значеніе или придано ему спеціальными постановленіями, или же вытекаетъ изъ нормъ положительнаго права при примѣненіи общихъ пріемовъ толкованія. При этомъ изъятіе изъ противоправности можетъ устанавливаться не только въ уголовномъ кодексѣ, но и въ другихъ областяхъ законодательства, и, поскольку уголовный законъ даетъ дополнительную защиту правоотношеніямъ, нормируемымъ также обычнымъ правомъ, устраненіе правовой защиты можетъ вытекать и изъ послѣдняго. Нельзя однако идти дальше и выводить отсутствіе противоправности дѣянія, вообще противоправнаго, изъ какихъ-либо апріорныхъ принциповъ, не освященныхъ законодательствомъ: такой пріемъ означалъ бы возвращеніе къ естественному праву; для пополненія пробѣловъ дѣйствующаго законодательства онъ непригоденъ, такъ какъ вноситъ субъективизмъ въ отправленіе правосудія и грозитъ поставить на мѣсто закона усмотрѣніе[4]).

Такія общія начала хотятъ установить *Дона и Листъ*[5]). Первый, примыкая къ Штаммлеру, стремится найти признакъ противоправнаго дѣянія по существу. Такимъ, по его мнѣнію, оказывается дѣяніе, которое не можетъ быть разсматриваемо, какъ *правое средство къ правой цѣли* (rechtes Mittel zum

---

2) Такъ даже Feuerbach, Lehrb. § 207, см. далѣе указанія у Bar'a III, 22, пр. 30 и Н. С. Таганцева, № 117.

3) Hold v. Ferneck, II, 9. Ср. Heimberger, V. D. IV,1—4.

4) См Meyer-Allfeld, § 30; Beling, Verbrech. 162; Frank, 110; Bar, III, §§ 1, 2, полагающій впрочемъ, что (стр. 5) недопустимо примѣненіе нормы, ведущее къ непріемлемымъ консеквенціямъ или составляющее рѣзкій диссонансъ съ другими важными правовыми принципами, т е. совершенно неразумное. См. еще Nagler, op. c, 345, слѣд.

5) Dohna, op. c, 47, слѣд., особ 54; Liszt ,§ 32.

rechten Zweck); такое дѣяніе преступно однако невсегда, а лишь, когда оно, сверхъ этихъ свойствъ, соотвѣтствуетъ составу какого-либо предусмотрѣннаго закономъ преступленія. Но, какъ только дѣяніе есть правое средство къ правой цѣли, оно не можетъ уже быть преступнымъ, не будучи противоправнымъ. *Листъ отъ формальной противоправности отличаетъ матеріальную*, т. е. антисоціальное свойство дѣянія. Хотя бы дѣяніе и было направлено противъ правоохраненнаго интереса, оно матеріально правомѣрно, если соотвѣтствуетъ цѣлямъ правопорядка и такимъ образомъ цѣли совмѣстной жизни въ обществѣ, а эта цѣль, по мнѣнію Листа, требуетъ, чтобы при столкновеніи интересовъ менѣе цѣнный приносился въ жертву, если только такимъ путемъ можетъ быть поддержанъ болѣе цѣнный. Листъ рекомендуетъ, далѣе, еще два принципа для опредѣленія матеріальной правомѣрности интересующаго дѣянія: 1) если цѣль дозволена или признана правомѣрной, то непротивоправно дѣяніе, представляющее соотвѣтствующее (angemessenes) средство для достиженія ея; 2) непротивоправно дѣяніе, служащее средствомъ, соотвѣтствующимъ эмпирически данной цѣли регулированнаго правомъ общежитія.

Нельзя однако не признать, что мнѣнія Дона и Листа не имѣютъ точки опоры въ дѣйствующемъ правѣ, ни въ Германіи, ни въ другихъ государствахъ. Какое средство считать соотвѣтствующимъ, или правымъ, правильнымъ? Если такимъ средствомъ можетъ быть и преступленіе, то эта теорія провозглашаетъ принципъ—„цѣль оправдываетъ средства“. Если же средство должно быть правое съ точки зрѣнія права, то или это положеніе превращается въ тавтологію[6]: правомѣрно средство, если оно соотвѣтствуетъ дѣйствующему праву, или же правильность должна опредѣляться съ точки зрѣнія правосознанія, но возникаетъ вопросъ: чьего правосознанія? Рѣшающей должна, конечно, быть признана точка зрѣнія судьи, но въ такомъ случаѣ онъ получаетъ право отмѣнять или исправлять законъ, который, установивъ противоправность, не сдѣлалъ изъятія для разсматриваемаго случая. Правда, Листъ предлагаетъ

6) Beling, Verbr, 138.

указанныя положенія только для восполненія пробѣловъ [7]), но въ отсутствіи изъятія нельзя видѣть пробѣла, и для примѣненія этихъ положеній не остается въ итогѣ мѣста. То же слѣдуетъ сказать по поводу оговорки Дона, что при прямомъ постановленіи закона, противорѣчащемъ указываемому имъ (Дона) принципу, послѣдній непримѣнимъ [8]); но та норма, изъ которой вытекаетъ противоправность даннаго дѣянія, безъ какихъ-либо ограниченій, и есть такое прямое постановленіе. Если, напр., наше Ул. о нак., съ одной стороны, запрещаетъ причиненіе ранъ, а съ другой, разрѣшаетъ это дѣяніе при оборонѣ противъ насильственнаго нападенія на имущество (ст. 101), то нельзя распространять это изъятіе и на случаи, въ которыхъ посягательство на имущество не было соединено съ насиліемъ, хотя бы выстрѣлъ въ догонку вору былъ надлежащимъ или даже единственнымъ средствомъ сохраненія похищенной вещи. Такимъ образомъ нельзя согласиться и съ поправкой Биндинга [9]), который говоритъ о „*необходимомъ*“ средствѣ для достиженія признанной правомъ цѣли. Принципы, защищаемые Листомъ и Дона, не могутъ по своей неопредѣленности имѣть значеніе и de lege ferenda. Опредѣленіе цѣли общежитія у Листа имѣетъ поверхностный характеръ, да и вообще едва ли возможно говорить о единой цѣли общежитія, его цѣли разнообразны и измѣнчивы [9a]).

Оставаясь на почвѣ дѣйствующихъ нормъ, нельзя дать въ уголовномъ правѣ исчерпывающаго перечня всѣхъ исключеній изъ нормы, можно остановиться лишь на важнѣйшихъ, въ особенности на тѣхъ, которыя прямо предусматриваются уголовными законами. Исключающія противоправ-

---

7) Liszt, 145 («исправленіе дѣйствующаго права выходитъ за предѣлы задачи судьи») и пр. 3, тамъ же.

8) Dohna, 52.

9) Binding, Lehrb. Besond. Th., I, (1902 г.), 55.

9a) Противъ Дона и Листа см. Beling, Verbr., 138, Bar, 5. пр. 1b, (Meyer-)Allfeld, 177, пр. 7; Löffler, V. D. B. Th. V, 246, Hold v. Ferneck, II, 8—11; Познышевъ, 142. См. еще Bierling, III, 194, пр. 3, противъ сходнаго съ Дона мнѣнія датскаго криминалиста Torp'a (Торпъ придаетъ значеніе объективно разумному свойству дѣянія въ вопросѣ объ отпаденіи противоправности).

ность обстоятельства сводятъ обыкновенно къ слѣдующимъ: направленіе дѣянія на собственное благо, согласіе потерпѣвшаго, обязательный приказъ по службѣ, исполненіе закона, осуществленіе публичнаго или частнаго права, необходимая оборона и отчасти крайняя необходимость.

II 1. *Дѣянія, направленныя на собственныя блага, не имѣютъ противоправнаго характера и ненаказуемы.* Это обыкновенно прямо вытекаетъ изъ постановленій закона, устанавливающихъ запретъ посягательства для *другихъ* лицъ, но не для самого субъекта интереса: такъ, запрещается поврежденіе или уничтоженіе чужого имущества, а не своего; похищеніе и логически мыслимо только въ отношеніи чужого имущества; другія преступленія, направленныя на *личныя* блага, также предполагаютъ, что субъектъ и объектъ не совпадаютъ въ одномъ лицѣ [10]), что благо принадлежитъ другому; таковы, напр., лишеніе свободы, оскорбленіе чести *Если право запрещаетъ иногда посягательства и на собственныя блага, то этимъ самымъ оно указываетъ на существованіе и другихъ интересовъ, связываемыхъ съ этимъ благомъ, надъ которымъ такимъ образомъ лицу принадлежитъ не полное господство,* такъ что дѣяніе въ сущности оказывается направленнымъ не только на свое благо или свой интересъ, но и на чужіе интересы, или на чужія права въ этомъ благѣ. Таково значеніе уничтоженія огнемъ своего имущества, но обитаемаго, или застрахованнаго, или находящагося въ близкомъ сосѣдствѣ съ другими; самоизувѣченья съ цѣлью уклоненія отъ военной службы, или, какъ выраженія принадлежности къ изувѣрскимъ сектамъ; профессіональнаго непотребства: дѣяніе ставитъ въ опасность интересы обитателей поджигаемаго дома, или сосѣдей, или посягаетъ на интересъ страхового общества, далѣе—на интересъ государства, на нравственность и т. п., хотя ближайшимъ объектомъ служитъ благо самого субъекта дѣянія.

Поскольку послѣднему принадлежитъ *исключительное* господство надъ благомъ, постольку онъ можетъ отказаться отъ этого блага, и, такъ какъ оно защищается правомъ въ такихъ случаяхъ только въ интересахъ даннаго лица, по-

10) Binding, Handb., I, 697.

слѣднее своимъ отказомъ лишаетъ благо правовой защиты, которое поэтому не можетъ быть объектомъ противоправнаго посягательства. *Въ этихъ предѣлахъ* такъ назыв. *согласіе потерпѣвшаго* (хотя это неточно· потерпѣвшаго на самомъ дѣлѣ нѣтъ) *исключаетъ противоправность и наказуемость дѣянія—volenti non fit injuria* [11]): такъ, немыслимы похищеніе или присвоеніе съ согласія собственника, изнасилованье съ согласія женщины; не наказуемы лишеніе свободы, оскорбленіе чести съ согласія лица, которое заперли (допустимъ, въ публичной библіотекѣ на время обѣденнаго перерыва, когда по уставу библіотека должна быть закрыта), или съ согласія оскорбляемаго, напр, посредствомъ каррикатуры, съ которой задѣтое лицо рѣшило не считаться и которую находитъ очень забавной. Дѣйствіе противъ воли интересента существенно для этихъ и ряда подобныхъ преступленій, *отсутствіе согласія есть признакъ ихъ состава.*

При многихъ преступленіяхъ, напротивъ, согласіе не играетъ роли или потому, что законодатель разсматриваетъ его, какъ вынужденное, или полученное посредствомъ обмана, или какъ недѣйствительное, вслѣдствіе недостаточной зрѣлости субъекта защищаемаго интереса, или потому, что послѣдній не подчиненъ его исключительному господству и посягательство задѣваетъ не только даннаго субъекта. Поэтому согласіе потерпѣвшаго не исключаетъ преступности, съ одной стороны, ростовщичества, сожительства съ дѣвушкой, не достигшей опредѣленнаго, напр. четырнадцатилѣтняго возраста, съ другой стороны—дуэли, нарушенія чужой тѣлесной неприкосновенности, совершеннаго для уклоненія отъ воинской повинности. *Наличность согласія* другого лица составляетъ именно *признакъ многихъ деликтовъ*, хотя этотъ признакъ и невсегда выраженъ expressis verbis.

а Весь вопросъ такимъ образомъ какъ при посягательствахъ на собственныя блага, такъ и при согласіи по-

---

11) Въ римскомъ правѣ это положеніе, высказанное Ульпіаномъ (nulla injuria est quae in volentem fiat, L. 1, § 5 D. 47—10), относилось только къ injuria, какъ доказалъ Pernice, но не ко всякому преступленію. См. Dohna, 145.

терпѣвшаго сводится къ опредѣленію истиннаго объекта посягательства и объема полномочій, принадлежащихъ въ отношеніи блага лицу, совершающему посягательство [12]). Этотъ вопросъ можетъ быть рѣшенъ на основаніи постановленій уголовнаго законодательства или же другихъ отраслей дѣйствующаго права, посредствомъ толкованія, а de lege ferenda имѣютъ значеніе всѣ тѣ соображенія, которыми опредѣляется криминализація отдѣльныхъ дѣяній; такимъ образомъ *это вопросъ особенной части уголовнаго права*. Общее начало относительно значенія принадлежности блага или согласія заключается только въ мало содержательномъ положеніи, указанномъ выше [13]). Попытки установленія болѣе опредѣленныхъ правилъ, извѣстныя теоріи [14]), не даютъ и не могутъ дать лучшихъ результатовъ, потому что вопросъ

---

12) Liszt, 160, Meyer-Allfeld, 199; Таганцевъ, I, 494, Stooss, § 46, Gerland, 502, 516, 529, 530; Розинъ, 112, 113. Такъ и при лишеніи свободы согласіе можетъ не имѣть значенія, если дѣяніе направлено еще противъ какого-либо интереса, напр., интереса правосудія, поэтому отвѣчаетъ уголовно, хотя и не за лишеніе свободы, а по ст. 289 Ул. о нак. тотъ, кто, поймавъ вора, заперъ его на нѣсколько дней съ его согласія въ своемъ чуланѣ, вмѣсто передачи его въ руки полиціи. Нѣтъ надобности выводить отвѣтственность изъ недѣйствительности согласія, какъ противорѣчащаго добрымъ нравамъ (такъ Zitelmann, 76); дѣяніе совершенно неправильно квалифицировалось бы тогда, какъ лишеніе свободы. Къ вопросу, чей интересъ охраняется даннымъ карательнымъ постановленіемъ, сводится все и у Kessler'a (49), но рѣшеніе этого вопроса невсегда у него удовлетворительно; см., напр. стр. 68

13) Оно не становится болѣе опредѣленнымъ, если добавить, что согласіе имѣетъ исключающее противоправность значеніе при преступленіяхъ, при которыхъ противодѣйствующая воля составляетъ объектъ посягательства (такъ Binding, 717; Frank. 111); ибо вопросъ въ томъ, какія же это преступленія. Излишнимъ представляется само собою понятное положеніе, что согласіе не имѣетъ значенія тамъ, гдѣ интересъ отдѣльнаго лица вообще не служитъ объектомъ посягательства (Frank, l. c., Gerland, 502; Kessler, 65), а таковой составляютъ коллективные интересы (Піонтковскій, 149)

14) Особенно популярно было разграниченіе правъ или благъ отчуждаемыхъ и неотчуждаемыхъ, при посягательствахъ на послѣднія согласію отказывали въ значеніи. См. Bar, III, § 22 и примѣч. Mittermaier'a къ Lehrb Feuerbach'a, § 35; Gerland, 495, 496. Самъ Feuerbach говоритъ, впрочемъ, лишь о значеніи дозволенія потерпѣвшаго, по-

о предѣлахъ защиты блага рѣшается въ зависимости отъ свойства и значенія отдѣльныхъ благъ съ точки врѣнія, признаваемой законодателемъ ихъ соціальной цѣнности, представляющей величину, которая мѣняется во времени и пространствѣ.

Весьма недавно рѣшеніе вопроса пытался дать *Цительманъ* посредствомъ примѣненія къ согласію началъ, принятыхъ для гражданскихъ сдѣлокъ. Какъ и сдѣлка, согласіе недѣйствительно, если право это прямо опредѣляетъ, или же, если оно противно добрымъ нравамъ, а въ этомъ отношеніи важна цѣль дѣянія, напр. при убійствѣ по согласію, лишеніи свободы (см. здѣсь, прим. 12 и 33); при посягательствахъ на тѣлесную неприкосновенность—также цѣль (тѣлесное поврежденіе для нищенства, съ другой стороны—хирургическая операція) и затѣмъ еще способъ. Цительману слѣдуетъ Франкъ[15]). Но этотъ критерій—добрые нравы—вызываетъ тѣ же возраженія, что и принципы Дона и Листа вопросъ передается на усмотрѣніе суда; перенесеніе гражданско правовыхъ началъ въ область публичнаго права, какимъ является уголовное, не можетъ быть плодотворнымъ[16]): ученіе о сдѣлкѣ связано съ природой частно-правнаго отношенія. Для полученія пріемлемыхъ выводовъ Цительману приходится прибѣгать къ искусственнымъ пріемамъ (таковъ примѣръ съ согласіемъ вора на лишеніе свободы и его рѣшеніе; далѣе рѣшеніе вопроса о не-

---

скольку лицо посредствомъ волеизъявленія можетъ прекращать права. Это разграниченіе находило сторонниковъ и позже, см. напр Halschner I, 470 (неотчуждаемы жизнь, здоровье, свобода, честь, составляющія сущность человѣческой личности; далѣе, впрочемъ, Гельшнеръ старается совмѣстить съ этимъ ненаказуемость обиды или лишенія свободы съ согласія потерпѣвшаго), Wharton, § 143 (о неотчуждаемости жизни, свободы); Фойницкій, Особ. ч. 1912 г., стр. 13 (о неотчуждаемости блага жизни). Противъ разграниченія уже Herp, Luden, дѣйствительно, согласіе невсегда имѣетъ значеніе при имущественныхъ благахъ (при ростовщичествѣ), иногда же имѣетъ значеніе при личныхъ (честь, свобода). Holer старается провести различіе между условными и безусловными благами, но тоже тщетно.

15) Zitelmann, Arch. f civ. Prax, 99 т., см. особ. 56, 57, 61, 66, 46, 77, 78. Frank, 111.

16) Противъ Zitelmann'a Holer, op. c., 80—83.

наказуемости операціи), иногда же слѣдованіе началамъ о гражданской сдѣлкѣ приводитъ къ противорѣчащимъ дѣйствующему уголовному праву выводамъ, напр. относительно возраста, по достиженіи котораго волеизъявленіе юридически дѣйствительно, по уголовнымъ законамъ, это—невсегда совершеннолѣтіе (ср. ниже) Общій принципъ предлагаетъ проф *Познышевъ*[17]: „согласіе пострадавшаго должно признаваться устраняющимъ противозаконность лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда при его наличности дѣяніе не объективируетъ опасной для правопорядка воли", но рѣшеніе вопроса, объективируетъ ли дѣяніе такую волю, т. е. направлено ли оно противъ правопорядка, зависитъ отъ того, противорѣчитъ ли оно правовымъ нормамъ; вопросъ снова сводится къ ихъ анализу

Къ особенной части относятся также вопросы о наказуемости посягательства на собственную жизнь или здоровье и соучастія въ этомъ дѣяніи, а также о значеніи согласія потерпѣвшаго на посягательство на эти блага со стороны другого лица. Изложеніе здѣсь этихъ вопросовъ можетъ только служить иллюстраціей указаннаго выше положенія, что все сводится къ опредѣленію истиннаго объекта дѣянія и объема господства надъ этимъ объектомъ, предоставленнаго правомъ отдѣльному лицу.

b. Каноническое право смотрѣло на *самоубійство*[18], какъ на тяжкій грѣхъ, и уже это обстоятельство опредѣлило отношеніе свѣтскаго законодательства къ этому дѣянію: самоубійство наказывалось конфискаціей имущества самоубійцы и лишеніемъ христіанскаго погребенія, а иногда и повѣшеніемъ трупа. Окрѣпшее государство новаго времени имѣло и свои основанія поддерживать наказуемость самоубійства: стремясь увеличить количество народонаселенія[19], государ-

---

17) Познышевъ, 173.

18) См. историч. данныя у Hélie (Chauveau et Hélie), Théorie du Code pénal, III, № 1091, Bar'a, III, § 12—§ 14; примѣч. Mittermaier'a (старшаго) къ Lehrb Feuerbach'a, къ § 241.

19) Это соображеніе играетъ роль еще у Фейербаха (§ 241: „кто вступаетъ въ государство, обязанъ отдать ему силы, и, лишая его послѣднихъ самоубійствомъ, дѣйствуетъ противоправно")

ство считало нужнымъ и возможнымъ бороться съ самоубійствами посредствомъ наказанія. Только въ концѣ XVIII в. этотъ наивный взглядъ палъ подъ ударами критики Монтескье и въ особенности Беккаріи. Сознавъ безсиліе въ этой борьбѣ наказанія [20]), которое постигало не самоубійцу, а его близкихъ, законодательства отказались отъ криминализаціи самоубійства и покушенія на послѣднее.

Старая точка зрѣнія, принятая Воинскимъ Артикуломъ, проникла въ наше *Улож. о нак.* (ст. 1472), карающее самоубійство лишеніемъ христіанскаго погребенія и недѣйствительностью духовнаго завѣщанія, составленнаго самоубійцей [21]). Но эта статья лишена практическаго значенія, такъ какъ уголовное преслѣдованіе въ отношеніи умершаго немыслимо, въ гражданскомъ же судѣ завѣщаніе можетъ быть признано недѣйствительнымъ не въ силу самоубійства завѣщателя, а въ силу его психическаго разстройства, если оно составлено въ этомъ состояніи; и самоубійство можетъ служить лишь однимъ изъ доказательствъ послѣдняго [22]). Покушеніе на самоубійство карается по Ул. о нак. церковн. покаяніемъ [23]), а въ Англіи даже тюремнымъ заключеніемъ, какъ misdemeanor (проступокъ) [24]).

Болѣе интереснымъ и спорнымъ является вопросъ о наказуемости *участія другихъ лицъ въ самоубійствѣ* въ формѣ подговора къ послѣднему (пострекательства) или содѣйствія

---

20) Высказываются и другіе доводы въ пользу ненаказуемости, напр., что невозможно юридическое отношеніе къ самому себѣ (Köstlin, System, 99; Binding, Handb. 698), что самоубійца невмѣняемъ (такъ Lion, см. Meyer-Allfeld, 200, пр. 43).

21) Ст. 1472 и 1474 устанавливаютъ изъятія для самоубійства: въ состояніи невмѣняемости, для сохраненія государственной тайны, для спасенія женщиной своего цѣломудрія.

22) См. у Тютрюмова къ 1017 ст. X т. 1 ч. Иначе Сенатъ (завѣщаніе недѣйствительно, если самоубійца вмѣняемъ). Таганцевъ къ ст. 1472.

23) Противъ наказуемости *покушенія* на самоубійство говоритъ то соображеніе, что оно часто не серіозно, а, если серіозно, то огласка и судебный процессъ способны снова побудить къ самоубійству См. Bar, 32, пр. 51a, Liszt, V. D. B. Th. V, 140.

24) Harris, Principles, 153 Наказанія за оконченное самоубійство (лишеніе христіанскаго погребенія, конфискація) въ XIX в. отмѣнены. Случаи преслѣдованія за покушеніе рѣдки. См. Liszt. V. D., 133, 134; Vidal, 352, пр. 1.

его осуществленію (пособничества). При этомъ рѣчь идетъ объ участіи въ самоубійствѣ лица вмѣняемаго: содѣйствіе въ выполненіи этого дѣянія *невмѣняемымъ*, напр. сумасшедшимъ, малолѣтнимъ, или склоненіе ихъ къ этому составляетъ убійство такого лица черезъ его посредство: невмѣняемый становится орудіемъ въ рукахъ другого, и этимъ орудіемъ послѣдній причиняетъ смерть (такъ наз *посредственное виновничество*)[25]). Наше *Угол. Улож.* предусматриваетъ особо этотъ случай въ ст. 463 (не введ. въ дѣйствіе) и назначаетъ наказаніе смягченное[26]), по сравненію съ убійствомъ (каторга не свыше 8 лѣтъ; при убійствѣ—не ниже 8 л.). Такой подговоръ не достигшаго 21 года или невмѣняемаго, или содѣйствіе наказуемы не только, если самоубійство осуществилось, но и въ случаѣ, если послѣдовало только покушеніе на самоубійство.

Если самоубійца *вмѣняемое* лицо, то, съ формальной точки зрѣнія, соучастіе другихъ лицъ въ его дѣяніи, которое непреступно, должно быть признано ненаказуемымъ, если стоять на почвѣ общепринятой въ наукѣ и законодательствахъ теоріи, которая видитъ въ соучастіи участіе въ чужомъ преступномъ дѣяніи[27]) При взглядѣ на подстрекательство, какъ на посредственное виновничество, какъ на причиненіе смерти руками самоубійцы, получается такое же рѣшеніе, какъ и при подговорѣ невмѣняемаго[28]). Но перенесеніе этого взгляда

---

25) Gerland, 509; Liszt, V. D., 140, 141; Meyer Allfeld, 201, пр. 45, Binding, Handb, 701, Kohler, Stud., I, 144, 145; Bar, III, § 28.

26) Смягченіе наказанія противорѣчитъ взгляду, признающему здѣсь посредственное виновничество. Противъ смягченія Liszt, V. D., 140, 141

27) Но и въ этомъ случаѣ дѣятельность третьяго лица можетъ имѣть характеръ посредственнаго виновничества, если убивающій себя къ этому принужденъ этимъ лицомъ или же обманутъ имъ и не сознаетъ, что предпринимаемое дѣйствіе (напр. принятіе пищи) должно причинить смерть (пища отравлена); въ послѣднемъ случаѣ, впрочемъ, непримѣнимъ самый терминъ „самоубійство“. Отъ принужденія нужно отличать жестокое обращеніе, побудившее къ самоубійству умыселъ третьяго лица не направляется на послѣднее. Объ этомъ случаѣ говоритъ 1476 ст. Ул. о нак.

28) Такъ Binding, l. c., Kohler, l. c (intellektuelle Urheberschaft). См. также здѣсь, ниже, о соучастіи.

и на пособничество встрѣчаетъ серіозныя возраженія. Да и по существу нельзя согласиться съ равной наказуемостью убійцы и подстрекателя къ самоубійству или пособника, напр. давшаго для этого ядъ или револьверъ [29]).

Съ другой стороны, нельзя исходить изъ согласія самоубійцы или изъ отказа его отъ своего блага жизни, и выводить отсюда ненаказуемость подстрекателя или пособника, такъ какъ вопросъ въ томъ, насколько этому согласію можно придать юридическое значеніе, не затрагиваетъ ли дѣяніе еще какихъ-либо интересовъ, кромѣ интереса потерпѣвшаго. Ненаказуемость самоубійства не означаетъ непремѣнно отсутствія интереса государства въ сохраненіи жизни личности, а достаточно объясняется безсиліемъ карательной угрозы въ отношеніи лица, готоваго покончить земные счеты, и невозможностью исполненія наказанія надъ мертвымъ. Но въ отношеніи третьихъ лицъ, участвующихъ въ самоубійствѣ, точно такъ же въ отношеніи убивающаго другого съ его согласія, эти соображенія не могутъ играть роли [30]), и, если государство находитъ такую дѣятельность этихъ лицъ вредной [31]), а жизнь личности заслуживающею охраны даже при этихъ условіяхъ, то въ наказуемости участія въ самоубійствѣ и убійства по согласію нельзя усматривать противорѣчіе ни безнаказанности самоубійства, ни упомянутому принципу относительно значенія отказа отъ собственнаго блага. Такимъ образомъ наказуемость третьихъ лицъ составляетъ самостоятельный вопросъ или, вѣрнѣе, нѣсколько

---

29) Liszt, V. D., 138.

30) Иногда различіе усматривается въ томъ, что личность сама къ себѣ не можетъ находиться въ юридическомъ отношеніи, что непримѣнимо къ дѣятельности другихъ лицъ (Binding, 699; Таганцевъ 492), или же, напротивъ, наказуемость послѣднихъ обосновывается признаніемъ самоубійства преступнымъ, подходящимъ подъ понятіе убійства, лишенія жизни, а то обстоятельство, что убиваетъ себя самъ же виновный разсматривается, какъ личное исключающее наказуемость основаніе (см. указанія у Bar'a, l. c.).

31) Manzini, I, № 289. Liszt, V. D, 138, 139, основываетъ наказуемость на проявляемомъ въ этихъ дѣйствіяхъ презрѣніи къ человѣческой жизни, но съ этимъ нельзя согласиться: мотивъ можетъ быть благородный.

самостоятельныхъ вопросовъ, такъ какъ дѣятельность пособника и подстрекателя къ самоубійству и убійцы по согласію могутъ оцѣниваться различно; рѣшеніе этихъ вопросовъ, находящихся въ извѣстной связи между собою [32]), не должно быть тождественнымъ [33]).

Подстрекательство къ самоубійству во всякомъ случаѣ дѣяніе болѣе тяжкое, чѣмъ содѣйствіе самоубійству и даже, чѣмъ убійство по согласію [34]), подъ которымъ въ сущности разумѣютъ требованіе убиваемаго, такъ какъ при подстрекательствѣ третьему лицу принадлежитъ иниціатива уничтоженія цѣнности, представляемой жизнью. Съ другой стороны, едва ли мыслимы случаи, въ которыхъ склоненіе къ самоубійству могло бы имѣть успѣхъ, если только подстрекаемый самъ не носится съ мыслью покончить съ жизнью; такимъ образомъ, подстрекательство сливается съ интеллектуальнымъ пособничествомъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ едва ли преодолимое для судебной практики затрудненіе въ рѣшеніи вопроса, оказало ли чужое воздѣйствіе дѣйствительно вліяніе на рѣшеніе самоубійцы [35]). Это вліяніе становится уловимымъ или при участіи третьяго лица въ самомъ актѣ самоубійства, во время его учиненія (кто-либо открываетъ газъ въ комнатѣ, гдѣ должно совершиться самоубійство посредствомъ асфиксіи, по просьбѣ оканчивающаго такимъ образомъ земные счеты, или вливаетъ ядъ въ

---

32) Ср. Bar, III, 49, Таганцевъ, l. c.

33) Въ пользу тождества и за ненаказуемость, выводя ее во всѣхъ этихъ случаяхъ изъ права личности умереть, Ferri, Homicidio-suicidio, 51, слѣд., придающій, впрочемъ, значеніе мотиву дѣятельности третьихъ лицъ (47). На это обращаетъ вниманіе и Grispigni, Il nuovo diritto..., 41. Эгоистическимъ мотивамъ при подстрекательствѣ къ самоубійству придаетъ значеніе швейцарскій предв. проектъ (§ 66).

34) См. Kohler, l. c.

35) Ср. Bar, III, 41—43. Онъ противъ наказуемости и пособничества, если кто дастъ повлиять на себя серіозно въ рѣшеніи покончить съ собою, то законодательство, выступая мстителемъ за такого нравственно ничтожнаго субъекта, проявляетъ декадентство, наказуемость соучастія въ самоубійствѣ продуктъ юриспруденціи чувства. Hélie, op. c., III, № 1093, противъ наказуемости соучастія, ибо это только безнравственное дѣяніе.

рюмку также по просьбѣ), или же при доставленіи средствъ. Въ такихъ случаяхъ не такъ важны самыя эти дѣйствія, которыя отчасти могутъ быть выполнены самимъ рѣшившимся на самоубійство, или же замѣнены другими дѣйствіями (если не доставленъ ядъ, револьверъ, въ распоряженіи самоубійцы всегда есть другія средства), но такія дѣйствія третьяго лица должны имѣть большое значеніе для рѣшимости самоубійцы, устраняя послѣднія колебанія Въ особенности такую роль должно сыграть *содѣйствіе при* самомъ *выполненіи*. Уже одно присутствіе другого можетъ быть препятствіемъ къ измѣненію намѣренья рѣшившагося на самоубійство· бравада, боязнь показаться смѣшнымъ или трусомъ могутъ имѣть роковое значеніе [36]). Какъ при всякомъ преступленіи *такое* содѣйствіе по наказуемости слѣдуетъ приравнивать выполненію главнаго акта, указаннаго въ составѣ деликта, такъ и здѣсь оно могло бы быть признаннымъ равносильнымъ убійству по требованію, если бы ихъ не раздѣляла та грань, что при самоубійствѣ лицо все-таки, можетъ быть, не довершило бы задуманнаго, въ критическій моментъ отказалось бы отъ намѣренья (рука могла бы дрогнуть); когда же убійство совершаетъ другой, выполненіе не встрѣчаетъ этихъ препятствій; отмѣна требованія, т. е. отказъ отъ смерти въ послѣднее мгновенье окажется уже запоздалымъ, когда смертоносное дѣйствіе уже послѣдовало [37]).

Такимъ образомъ, если карать дѣятельность третьихъ лицъ при отреченіи другого отъ блага жизни, какъ delictum sui generis, слѣдовало бы на первое мѣсто по наказуемости поставить убійство по требованію, на второе—содѣйствіе во время самаго самоубійства [38]), на третье, съ значительно болѣе мягкой наказуемостью,—содѣйствіе до этого. При пер-

---

36) Присутствію придаетъ значеніе англійское право. Wharton, I, § 448.

37) На это обращаетъ вниманіе Bar, III, 33 и § 24. Contra Hélie, op. c., 457, не усматривающій разницы и высказывающійся противъ наказуемости убійства по согласію.

38) Именно такіе случаи соучастія имѣютъ въ виду Liszt (V. D. 138, 142), настаивающій на параллелизмѣ соучастія и убійства по требованію и на равной наказуемости, а также Carrara (Progr., P Spec., I, 181,

вомъ изъ этихъ дѣяній для выдѣленія его въ привилегированный видъ убійства, при двухъ другихъ для смягченія наказанія, опредѣляемаго за нихъ, какъ за самостоятельные деликты, основаніемъ могло бы служить только совершеніе ихъ въ интересахъ, хотя бы и дурно понятыхъ интересахъ, самой жертвы, напр. для избавленія отъ позора. Наконецъ случай, когда одно изъ трехъ дѣяній вызвано желаніемъ прекратить тяжкія, неизлечимыя физическія мученія больного, для котораго жизнь хуже смерти, едва ли вообще заслуживаетъ репрессіи [39]).

Въ наукѣ однако преобладаетъ мнѣніе, не устанавливающее какихъ-либо различій и ставящее на одну доску участіе въ самоубійствѣ вмѣняемаго съ посягательствомъ на него по его требованію; подъ участіемъ разумѣютъ и подстрекательство [40]) Такова же точка зрѣнія многихъ законодательствъ, создающихъ изъ участія въ самоубійствѣ и

---

182), Garçon (art. 295, №№ 236—241) и Liszt (1 c.), указывающіе, что иногда трудно провести границу между убійствомъ согласившагося и участіемъ (содѣйствіемъ) въ самоубійствѣ Garçon особенно подчеркиваетъ случаи, въ которыхъ двое рѣшили совмѣстно покончить съ собою, напр. при помощи асфиксіи: кто изъ двухъ открылъ газъ и заперъ окна и двери для прекращенія притока свѣжаго воздуха, безразлично, между тѣмъ, если сдѣлавшій это остался въ живыхъ, то онъ убійца другого (съ его согласія), если же это сдѣлалъ послѣдній (умершій), то первый участникъ самоубійства; Garçon склоняется къ признанію ненаказуемаго во Франціи участія въ самоубійствѣ и при первомъ предположеніи

39) Конечно, при условіи требованія больного. Сходный случай предусматриваетъ Норвежское улож. (§ 235, ч. 2): убійство безнадежно больного изъ состраданія къ нему и *даже безъ его требованія*, примѣняется смягченное наказаніе. При отсутствіи требованія едва ли такое убійство можетъ быть разсматриваемо, какъ привилегированное, если даже ввести ограниченіе, предлагаемое Liszt'омъ (133) и состоящее въ томъ, что убивающій—лицо, близкое къ безнадежно больному.

40) См. у Liszt'a V. D., 139 За ненаказуемость соучастія въ самоубійствѣ Bar, III, § 19. Въ пользу ненаказуемости убійства по требованію, какъ обыкновеннаго убійства Hélie, III № 1099, въ виду отсутствія animus nocendi; противъ выдѣленія этого случая въ привилегированный видъ Garraud, IV (изд. 1891 г.), 317, 318, въ виду разнообразія конкретныхъ случаевъ и мотивовъ.

изъ убійства по требованію самостоятельные деликты, но наказуемые невполнѣ одинаково [41]). Нѣкоторыя законодательства совсѣмъ не упоминаютъ объ этихъ случаяхъ, а въ практикѣ и доктринѣ участіе признается не наказуемымъ, а требованію при убійствѣ не придается никакого значенія (Франція, Бельгія) [42]). Наконецъ нѣкоторые кодексы (Германія) при наличности серіознаго требованія, убійство разсматриваютъ, какъ привилегированное, а объ участіи въ самоубійствѣ умалчиваютъ, что понимается, какъ признаніе его ненаказуемымъ [43]) или же предусматриваютъ именно соучастіе, а убійство по согласію не выдѣляется въ привилегированное [44]). Условіемъ наказуемости во всѣхъ этихъ случаяхъ часто ставится дѣйствительное наступленіе смерти [45]).

Наше *Улож. о нак.* (ст. 1475) наказываетъ участниковъ самоубійства, какъ соучастниковъ убійства. Отсюда вытекаетъ, что и согласіе или требованіе потерпѣвшаго не имѣетъ при убійствѣ никакого значенія тѣмъ болѣе, что ст. 1475 не считается съ мотивами содѣйствія. Угол. Улож. (не введен. ст. 462) караетъ исправительнымъ домомъ или крѣпостью до 3 лѣтъ виновнаго въ доставленіи средства къ

---

41) Такъ улож. Нидерландское, Норвежское, Венгерское, Японское (См. Liszt, V. D. 128, 129, 141). Японск. код. предусматриваетъ только подстрекательство, а испанскій и португальскій только содѣйствіе (Liszt, 141).

42) См. Garçon, art 295, №№ 232, 226, 227 (ненаказуема даже помощь при самомъ выполненіи); Vidal, 353, 354, видитъ въ ненаказуемости соучастія пробѣлъ.

43) См. Frank, 358; иначе Binding и Kohler (см. выше).

44) Италія. Въ Англіи переживший участникъ совмѣстнаго самоубійства отвѣчаетъ за murder; несущественно, кто изъ двухъ былъ исключительной причиной самоубійства. Wharton, I, §§ 144 и 448; Harris, 152.

45) При этомъ въ Германіи, если посягательство на жизнь другого по его требованію привело лишь къ тѣлесному поврежденію, то дѣяніе признаютъ ненаказуемымъ не только, какъ покушеніе на привилегированное убійство. но и какъ оконченное тѣлесное поврежденіе, которое, по мнѣнію многихъ, наказуемо и при согласіи потерпѣвшаго (см. ниже), такъ какъ умыселъ на убійство по требованію не содержитъ умысла на тѣлесное поврежденіе. Frank, 363, Liszt, V. D., 133. Противоположное рѣшеніе даетъ райхсгерихтъ (см. Frank).

самоубійству[46]), если вслѣдствіе сего оно послѣдовало. Угол. Ул. (ст. 460 не введен.) предусматриваетъ и убійство по настоянію убитаго и изъ состраданія къ нему; наказаніе —крѣпость до трехъ лѣтъ; покушеніе наказуемо.

c. Участіемъ въ самоубійствѣ нѣкоторые криминалисты считаютъ *американскую дуэль*[47]), т. е. условіе между двумя лицами, согласно которому вытянувшій жребій смерти долженъ покончить съ собою. Въ дѣйствительности однако воля участниковъ направляется не на склоненіе другого къ самоубійству или на содѣйствіе этому, а на испытаніе счастья, при которомъ каждый рискуетъ самъ вытянуть жребій смерти; онъ можетъ пасть какъ разъ на иниціатора этой дуэли; далѣе и послѣ метанія жребія, когда исходъ его оказался неблагопріятнымъ для одного изъ участниковъ, рѣшеніе выполнить условіе все-таки зависитъ только отъ него самого[48]); лишь тогда, когда другой настаиваетъ на выполненіи, въ этомъ можно видѣть подстрекательство къ самоубійству[49]). Обезпечить наказуемость американской дуэли можно только посредствомъ особаго постановленія о ней въ особенной части кодекса; но едва ли въ этомъ есть дѣйствительная потребность, такъ какъ случаи такой дуэли весьма рѣдки и еще рѣже удалось бы констатировать ихъ въ судебномъ процессѣ. Законодательства обыкновенно объ американской дуэли не упоминаютъ. Исключеніе составляютъ Венгерское улож. и *наше Угол. Ул.* (ст. 488 не введен.), карающее ее не только при послѣдовавшемъ самоубійствѣ

---

46) Рѣчь идетъ о вмѣняемомъ самоубійцѣ, о невмѣняемомъ см. выше

47) Такъ Vidal, № 238, указыв. и нѣкотор. друг. Kohler, Stud, I, 144, пр. 2 видитъ здѣсь убійство по согласію, а тамъ, гдѣ оно вынуждается угрозой безчестья,—обыкновенное убійство; въ послѣднемъ смыслѣ Binding, Handb I, 702, усматривающій принужденіе къ самоубійству въ томъ, что вытянувшій жребій жизни не освобождаетъ другого отъ его обязательства покончить съ собою. Сходно Lammasch, 58, когда было непреодолимое принужденіе, если же не столь интенсивное, то Erpressung (?!)

48) Liszt, Aufsatze, I, 4—7; Frank, 349.

49) За наказуемость только такихъ случаевъ Liszt, V. D., 142, 143. Напротивъ, вообще за ненаказуемость, ибо ненаказуемо даже подстрекательство къ самоубійству (a fortiori), Bar, III, 39, пр. 64

(каторга не свыше 8 лѣтъ), но и при покушеніи (исправ. домъ); наказанію подлежатъ и подстрекатели и пособники.

d. Что касается *тѣлесной неприкосновенности*, то наше Улож о нак., подобно другимъ кодексамъ, содержитъ постановленія о наказуемости членовредительства съ цѣлью уклоненія отъ воинской повинности (ст. 512 Ул. о нак.) и скопчества (96 Уг. Ул.). Отсюда вытекаетъ, что въ другихъ случаяхъ посягательства на это благо со стороны его субъекта не наказуемы, напр. при прививкѣ себѣ лицомъ какой-либо болѣзни для научнаго опыта.

Спорно значеніе *согласія* потерпѣвшаго при посягательствѣ на тѣлесную неприкосновенность. Въ пользу непреступности такого дѣянія говоритъ то обстоятельство, что законодатель предоставляетъ личности полное господство надъ этимъ благомъ при условіи, если съ нимъ не связаны еще какіе-либо посторонніе интересы; далѣе—также тотъ фактъ, что человѣкъ самъ лучше можетъ оцѣнить значеніе этого своего блага и что чувство самосохраненія достаточно оберегаетъ отъ легкомысленнаго согласія[50]); при *менѣе тяжкихъ* посягательствахъ на тѣлесную неприкосновенность законодательства обыкновенно ставятъ условіемъ уголовнаго преслѣдованія принесеніе потерпѣвшимъ жалобы, чѣмъ подчеркивается зависимость наказуемости этихъ дѣяній отъ воли субъекта блага. Если противъ этой точки зрѣнія приводятъ то соображеніе, что *тяжкія* тѣлесныя поврежденія, наносимыя другому даже съ его согласія, свидѣтельствуютъ объ антисоціальномъ настроеніи личности, о жестокости характера, и безнаказанность должна повести къ огрубѣнію нравовъ[51]), то имѣютъ въ виду случаи, едва ли возможные въ дѣйствительности, когда кто-либо дастъ согласіе

---

50) Таганцевъ, 496, пр. 1.

51) См. соображенія въ пользу наказуемости тяжкихъ поврежденій у Сергѣевскаго, 240. ссылается на цѣнность и невознаградимость блага и на этическое и соціальное значеніе факта пролитія крови; сходно Познышевъ, 177, 178; Мокринскій, ук. ст. 17, 18 (ненаказуемость подрываетъ политическое значеніе неприкосновенности личности, деморализуетъ обоихъ; личныя блага неотчуждаемы). На основаніи этихъ послѣднихъ аргументовъ приходилось бы однако наказывать

на *тяжкое* поврежденіе. Но и въ такихъ случаяхъ *наказаніе было бы умѣстно только при отсутствіи соціальнаго мотива*, напр. при садизмѣ [52]), если только садистъ не принадлежитъ къ категоріи невмѣняемыхъ, когда примѣнимы мѣры защиты. Если же согласіе послѣдовало напр. для пробы новаго средства, для научнаго эксперимента [53]), при чемъ совершающій опытъ и подвергшійся ему предвидятъ возможность неудачи и готовы эвентуально и на наступленіе тяжкаго разстройства здоровья, едва ли можно высказаться за примѣненіе наказанія. Вопросъ о согласіи можетъ далѣе возникать и при неосторожномъ причиненіи вреда, [54]) именно при luxuria, напр. при рискованномъ физическомъ упражненіи; причиненный вывихъ, переломъ, увѣчье приходилось бы наказывать, несмотря на согласіе на самое дѣйствіе.

Законодательства наше и иностранныя оставляютъ вопросъ открытымъ [55]), что несомнѣнно составляетъ пробѣлъ, въ практическомъ отношеніи, впрочемъ, мало чувствитель-

---

и клоуна, бьющаго другого клоуна съ его согласія, насильственныя дѣйствія при борьбѣ и другіе легкіе случаи нарушенія тѣлесной неприкосновенности, вопреки общепринятому мнѣнію (см. напр. Zitelmann, op. c., 79; Loffler, V. D. B. Th., V, 242, 243; Liszt, Lehrb, 319, Бѣлогрицъ-Котляревскій, 249, см. также ниже). За наказуемость *тяжкихъ* поврежденій, несмотря на согласіе, *de lege ferenda* Loffler, l. c.; Binding, Handb., I, 722 (согласіе—смягчающее обстоятельство), Bar, III, 58, 59; Liszt, l. c. (послѣдніе двое и de lege lata), ссылаясь на правовое чувство.

52) На этотъ примѣръ опирается Bar, III, 52; ср. еще Мокринскій, l. c. Только мотивъ „состраданія“ имѣетъ въ виду Мокринскій, 25, но возможность этого мотива при тяжкомъ поврежденіи справедливо отвергаетъ. Ср. (иначе) Познышевъ, 178.

53) За наказуемость Bar, III, 52, 59; Мокринскій, 101; Zitelmann, 79 (дѣяніе противно добрымъ нравамъ); противъ наказуемости, исходя изъ того же критерія (boni mores), Frank, 111, независимо отъ этого Таганцевъ, 496; Объяснен. Уг. Ул. VI, 96, Kessler, 73, слѣд Тауберъ, Жалоба, 25, пр. 3; Піонтковскій, 151.

54) Такъ Allfeld, 199; Kessler, 97, 98; Contra Gerland, 492.

55) Райхсгерихтъ не придаетъ значенія согласію при тѣлесныхъ поврежденіяхъ. Только Норвежское улож. (§ 235) назначаетъ смягченное наказаніе за тѣлесныя поврежденія съ согласія потерпѣвшаго или при участіи въ самоповрежденіи.

ный. Требованіе *жалобы*[56]) *потерпѣвшаго* при легкихъ нарушеніяхъ чужой тѣлесной неприкосновенности не равносильно признанію за согласіемъ значенія обстоятельства, исключающаго противоправность: давшій согласіе можетъ затѣмъ все-таки принести жалобу[57]). Изъ существующаго въ законодательствахъ запрета возобновленія жалобы, послѣ того какъ она взята обратно или послѣдовало примиреніе до суда, дѣлаютъ впрочемъ иногда выводъ, что разъ выраженная воля объ отказѣ отъ наказанія не можетъ быть измѣняема потерпѣвшимъ и что поэтому давшій согласіе не въ правѣ принести жалобу[58]), но такое отождествленіе отказа отъ поданной жалобы и согласія лишено твердыхъ основаній: безповоротность отказа отъ жалобы установлена по соображеніямъ судебной цѣлесообразности, а не въ интересахъ и во всякомъ случаѣ не только въ интересахъ совершившаго посягательство; такъ и въ гражданскомъ процессѣ отказъ отъ иска имѣетъ безповоротное значеніе, между тѣмъ отказъ отъ права судебной защиты юридически ничтоженъ.

Извѣстную точку опоры можетъ дать существованіе въ законодательствѣ статей, карающихъ за посягательства на тѣлесную неприкосновенность, несмотря на согласіе потерпѣвшаго, въ виду другихъ интересовъ, связанныхъ съ этимъ благомъ[59]). Такъ „умышленное изувѣченье другого

---

56) Ненаказуемость легкихъ поврежденій именно изъ необходимости жалобы выводятъ Finger, I, 407, Gerland, 497, 498; Bar, Loffler, Liszt, l. c., Мокринскій, ук. ст, 19, 20.

57) GE. § 271 вводитъ постановленіе: «Право жалобы исключается, если потерпѣвшій далъ свое согласіе на поврежденіе". Но жалоба, по контръ-проекту, не требуется при тяжкихъ поврежденіяхъ.

58) Такъ Мокринскій, l c., ссылаясь на слова Binding'a на стр. 725 Handb., но на стр. 662, Биндингъ, признавая значеніе соглашенія до подачи жалобы при обидахъ, находитъ, что оно даже при принятіи обязанности не приносить жалобы не препятствуетъ все-же принесенію ея при легкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ.

59) Ст. 514 Ул. о нак., ст. 85 Угол. Ул. (оскопленіе съ цѣлью совращенія въ ересь). Проф. Розинъ, ук. ст, 116, считаетъ эти статьи исключеніемъ и дѣлаетъ выводъ, что въ другихъ случаяхъ согласіе устраняетъ противоправность поврежденія. Такъ и Піонтковскій, l. c. Сходно на почвѣ германскаго права Геймбергеръ, 11.

по желанію его или съ его согласія для воспрепятствованія пріему его въ военную службу" влечетъ, по 514 ст. Ул. о нак., заключеніе въ тюрьмѣ на время отъ 8 до 16 мѣсяцевъ. Отсюда можно сдѣлать выводъ, что законъ караетъ потому, что затронутъ интересъ государства, и безъ этого согласіе совершенно исключало бы преступность дѣянія; дѣйствительно, если стать на другую точку зрѣнія,—сказать: государство наказывало бы и въ этомъ случаѣ, то наказаніе должно было бы опредѣляться болѣе мягкое, такъ какъ отпадало бы второе основаніе криминализаціи дѣяніе было бы уже посягательствомъ только на одно благо—тѣлесную неприкосновенность [60]). За отсутствіемъ особой статьи, говорящей объ этомъ случаѣ, остаются только ст. 1477, 1478 Ул. о нак., предусматривающія изувѣченье другого вообще, т. е. безъ согласія потерпѣвшаго, но даже ст. 1478, относящаяся къ случаямъ менѣе тяжкаго увѣчья угрожаетъ болѣе важнымъ родомъ наказанія и на большій срокъ (исправ. арест. отдѣл не менѣе 1 года и не свыше 3 1/2 лѣтъ). Возраженіе, что ст. 514 слѣдуетъ сравнивать со статьями о менѣе важныхъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ [61]), наказуемыхъ мягче, упускаетъ изъ виду, что ст. 514 говоритъ объ изувѣченіи и должна быть сопоставляема со статьями, говорящими о такомъ же поврежденіи, но безъ обстоятельствъ, упоминаемыхъ въ 514-й ст. Неправильно также утвержденіе, что для цѣли, указываемой этой статьей, люди не даютъ совершить надъ собой тяжкое посягательство. проколъ барабанной пе-

---

60) Такъ на почвѣ германск. улож Binding, Handb., 723; Lehrb. I, 44, Finger, I, 416; Dohna, 142 Loffler, 242, присоединяется къ Rich. Schmidt'y, полагающему, что при членовредительствѣ военно-обязанныхъ съ ихъ согласія законъ имѣетъ въ виду легкія поврежденія. Выводы дѣлаются также изъ § 216 St. GB.: если согласіе при тѣлесныхъ поврежденіяхъ не вліяетъ, то послѣднія въ болѣе тяжкихъ формахъ были бы наказуемы строже, чѣмъ убійство по требованію и чѣмъ (ненаказуемое) покушеніе на это послѣднее. (См. у Gerland'a, 500, слѣд.). Liszt, l. c., находитъ, впрочемъ, что изувѣченіе согласившагося болѣе тяжкое преступленіе, чѣмъ упомянутое убійство; такъ и Мокринскій, 25, въ виду различія мотивовъ этихъ дѣяній. Райхсгерихтъ считаетъ § 216 (объ убійствѣ по требованію) исключеніемъ изъ принципа, что согласіе не имѣетъ значенія.

61) Такъ проф. Мокринскій, 21—23. Ср. выше здѣсь, прим. 60.

репонки—одинъ изъ пріемовъ уклоненія отъ военной службы и составляетъ увѣчье[62]). Такимъ образомъ, во избѣжаніе абсурднаго вывода, что дѣяніе, посягающее, съ согласія потерпѣвшаго, на два блага, наказуемо мягче, чѣмъ направленное на одно, слѣдуетъ признать, что *при наличности согласія тѣлесное поврежденіе*, даже важнѣйшее по степени (увѣчье), *не наказуемо*, за исключеніемъ случаевъ, когда право особыми постановленіями ограничиваетъ господство субъекта надъ своей тѣлесной неприкосновенностью (указ. ст. 514, 85).

е Болѣе общаго характера вопросъ, *какимъ условіямъ должно удовлетворять согласіе потерпѣвшаго* при тѣхъ преступленіяхъ, при которыхъ оно имѣетъ юридическое значеніе

Въ этомъ отношеніи примѣнимы начала, вообще опредѣляющія условія дѣйствительности волеизъявленія: воля должна быть свободная, т. е. согласіе должно быть не вынужденное или полученное посредствомъ обмана, исходить отъ дѣеспособнаго лица, быть опредѣленнымъ и своевременнымъ. Это—условія, весьма сходныя съ условіями дѣйствительности сдѣлки. Есть однако и нѣкоторыя особенности, зависящія снова отъ различныхъ свойствъ правоохраненныхъ интересовъ. Не говоря уже о томъ, что привилегированный видъ убійства составляетъ убійство *по настойчивому требованію*, а не по согласію убитаго, дѣеспособность лица, взятіе обратно даннаго согласія, условія представительства не могутъ опредѣляться въ уголовномъ правѣ такъ же, какъ въ гражданскомъ, уже потому, что блага, отъ которыхъ отказывается лицо при посягательствахъ съ его

62) Выводъ изъ наказуемости тяжкаго поврежденія на дуэли (ст. 1053 Ул. о нак.) и при томъ одного дуэлянта, нанесшаго поврежденіе (Мокринскій, 24), не представляется обоснованнымъ: при дуэли потерпѣвшій не отказывается отъ своего блага жизни или здоровья, а старается избѣгнуть вреда и причинить его другому, если же пострадавшій дуэлянтъ не подлежитъ наказанію, то это проще объяснить снисхожденіемъ къ нему, вызываемымъ полученнымъ имъ серіознымъ поврежденіемъ. Параллель дуэли съ причиненіемъ послѣдняго съ согласія потерпѣвшаго проводитъ также Binding, (эвентуальное согласіе), приходящій на почвѣ германск. улож. къ противоположнымъ выводамъ (723, 724).

согласія не только *имущественныя* Лишь тамъ, гдѣ дѣяніе направлено на послѣднія, для дѣйствительности согласія можно требовать достиженія „потерпѣвшимъ“ *возраста гражданской дѣеспособности* и допустить согласіе его представителя на такихъ же основаніяхъ, какъ въ гражданскомъ правѣ [63])

Напротивъ, при дѣяніяхъ, направленныхъ на *личныя* блага, можно признать дѣйствительнымъ согласіе только *законнаго* представителя [64]) и при томъ лишь въ ограниченномъ размѣрѣ, именно—когда воля интересента не можетъ имѣть юридическаго значенія, вслѣдствіе недостаточной его зрѣлости или ненормальнаго состоянія длительнаго или преходящаго (напр., вслѣдствіе потери сознанія отъ болѣзни), и когда при томъ дѣйствіе необходимо предпринять *въ его интересѣ* [65]). Иначе врачебное дѣйствіе въ отношеніи малолѣтняго, сумасшедшаго, въ частности хирургическая операція, были бы преступными дѣяніями даже при согласіи отца или опекуна. Въ другихъ случаяхъ согласіе законнаго представителя не исключаетъ противоправности, напр.: при изнасилованіи, убійствѣ, тѣлесномъ поврежденіи и. т. д.

Но и тамъ, гдѣ согласію такого представителя нельзя отказать въ значеніи, возникаетъ вопросъ, до какого возраста интересента это согласіе замѣняетъ его собственное согласіе, или, что то же самое, *съ какого возраста* не достигшій совершеннолѣтія можетъ дать юридически дѣйствительное согласіе на дѣяніе, направленное на его личное благо, такъ какъ съ этого момента въ дѣятельности законнаго представителя нѣтъ болѣе надобности, если только представительство не вызывается другими причинами, кромѣ несовершеннолѣтія. Этотъ вопросъ принадлежитъ къ числу наиболѣе спорныхъ: одни считаютъ его *quaestio facti* и предоставляютъ рѣшеніе его суду въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ,

---

63) Такъ Binding, Handb. 713, 715, впрочемъ, лишь для случаевъ, гдѣ идетъ рѣчь объ уступкѣ права, а не о допущеніи прекарнаго пользованія; Finger, 417; Zitelmann, 62, 63, Bar, III, 65

64) Gerland, 505.

65) Bar, 65.

въ зависимости отъ степени развитія несовершеннолѣтняго [66]); другіе считаютъ такимъ возрастомъ тотъ, который установленъ уголовнымъ закономъ для признанія малолѣтняго дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ [67]), третьи—возрастъ, по достиженіи котораго лицу дается закономъ право на принесеніе жалобы при преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ не иначе, какъ по жалобѣ [68]). Послѣднее рѣшеніе слѣдуетъ признать дѣйствительно логичнымъ, такъ какъ законъ здѣсь придаетъ юридическую силу волеизъявленію потерпѣвшаго въ отношеніи личныхъ благъ, но для распространенія этого принципа и на случаи согласія при преступленіяхъ оффиціальныхъ все-таки нужно было бы спеціальное постановленіе. Предоставленіе вопроса суду вноситъ неопредѣленность, вредную, напр., при врачебной дѣятельности, когда врачу необходимо знать заранѣе, можетъ ли онъ руководствоваться согласіемъ несовершеннолѣтняго паціента на операцію [69]) или придать значеніе его несогласію, особенно при противоположной волѣ законнаго представителя. Совершенно неправильно дѣлать выводъ изъ постановленій, относящихся къ разумѣнію: возрастъ, въ которомъ человѣкъ способенъ понять значеніе своего дѣянія, можетъ быть недостаточнымъ для оцѣнки отказа отъ какого-либо своего блага.

Что касается момента согласія, то оно должно быть дано *до дѣянія или въ моментъ дѣянія*, но не позже, такъ. кража не теряетъ преступнаго характера отъ того, что собственникъ post factum согласенъ оставить похищенное у вора (см. въ романѣ В. Гюго „Les misérables“)· это уже не согласіе, а прощеніе, право котораго не предоставлено потерпѣвшему, за рѣдкими исключеніями (напр., обида, легкія тѣлесныя поврежденія) [70]); если согласіе было своевремен-

66) Binding, op. c., 727, Meyer-Allfeld, 200, пр. 37; Bar, 66; Kessler, 103 (даже при убійствѣ по требованію); въ послѣднемъ случаѣ, по Угол. Ул., необходимо совершеннолѣтіе потерпѣвшаго, какъ вытекаетъ изъ ст. 463 о содѣйствіи самоубійству.

67) Finger, I, 418; Holer, 107.

68) Gerland, 503 и райхсгерихтъ.

69) Неопредѣленно въ этомъ случаѣ относительно возраста Zitelmann, l c

70) Таганцевъ, 500; Vidal, 350; Prins, № 350, Frank, 111, Zitelmann, 101.

нымъ, то совершающій дѣяніе не проявляетъ враждебнаго праву настроенія; обратное положеніе въ случаѣ запоздалаго согласія.

Послѣдовавшее согласіе должно существовать *до момента окончанія* деликта; *оно можетъ быть* до этого *взято обратно*, и продолженіе дѣянія сохраняетъ тогда преступный характеръ[71]). Возможно однако, что согласіе въ отношеніи воздѣйствія третьяго лица на имущественныя блага выльется въ форму соглашенія и послужитъ основаніемъ для передачи этому лицу нѣкоторыхъ правъ на это благо; въ такомъ случаѣ взятіе обратно выраженной воли не имѣетъ никакого значенія[72]), но тогда дѣяніе третьяго лица направлено въ сущности не на *чужой* интересъ.

Спорно, *должно ли согласіе сдѣлаться извѣстнымъ* совершающему посягательство, для того чтобы имѣть юридическое значеніе[73]). Это вопросъ объ ошибкѣ субъекта, который полагаетъ, что совершаетъ преступленіе, напр. похищеніе, не зная, что его замѣчаетъ собственникъ, тогда какъ послѣдній готовъ поступиться своимъ благомъ, представляющимъ ничтожную цѣнность, и дерелинквируетъ его въ этотъ моментъ, такъ что дѣяніе объективно не составляетъ правонарушенія. Рѣшеніе вопроса зависитъ отъ того, признавать ли наказуемымъ посягательство на негодный объектъ, въ нашемъ примѣрѣ—на res derelicta.

Что касается *опредѣленности* согласія, то она не устраняется, если согласіе выражено *конклюдентными фактами*[74]).

---

71) Таганцевъ, 500, 501; Frank, 111; Allfeld, 200; Gerland, 527.

72) Finger, I, 415: Bar, III, 60, 61, Zitelmann, 38—47; Binding, Handb. 713—715.

73) Утвердительный отвѣтъ даетъ Kessler, 107; повидимому, такъ и Познышевъ, 179. Отрицательный отвѣтъ даютъ Binding, 714, пр. 19; Holer, 96; Gerland, 506; Allfeld, 200; Bar, § 30. При противоположной ошибкѣ: совершающій дѣяніе полагаетъ, что есть согласіе, когда оно не дано или недѣйствительно, напр., не знаетъ, что интересентъ несовершеннолѣтній, дѣяніе должно разсматриваться такъ, какъ оно представляется субъекту дѣянія См. выше, стр. 307, далѣе—Meyer-Allfeld, l. c.; Bar, § 32, Frank, 363, contra, Liszt, V. D. 131. Ср. Таганцевъ, 499; Kessler, 107; Zitelmann, 64

74) Таганцевъ, 499, 500; Binding, 727. Но къ согласію нельзя относить случаевъ, когда воля допускающаго дѣйствіе направляется на

достаточно, напримѣръ, что лицо, которое запираютъ въ библіотекѣ на время обѣденнаго перерыва, какъ въ предшествующіе дни, не заявляетъ протеста и продолжаетъ работать.

Все, что выходитъ за предѣлы согласія, конечно, остается преступнымъ: напр., человѣка заперли не на два часа, какъ онъ согласился, а на сутки; одностороннее измѣненіе содержанія условія дѣлаетъ согласіе недѣйствительнымъ: напр., тяжко больной проситъ безболѣзненнаго лишенія его жизни, выполняющій требованіе прибѣгаетъ къ мучительному способу убійства; дѣяніе должно разсматриваться, какъ обыкновенное или даже квалифицированное убійство [75]).

2. Въ связи съ согласіемъ потерпѣвшаго находится вопросъ о значеніи *врачебнаго вторженія въ интересы личности*, въ частности—хирургической операціи. Въ послѣдней часто усматриваютъ тѣлесное поврежденіе и стараются подыскать основанія, въ силу которыхъ это дѣяніе теряетъ противоправность. Это основаніе одни видятъ въ *согласіи* потерпѣвшаго [76]), другіе въ обычномъ правѣ [77]), третьи въ *правѣ профессіональномъ* [78]), далѣе въ правѣ врачебной помощи, нако-

---

изобличеніе совершающаго преступленіе· такъ, слуга выдаетъ хозяину, что нѣкто В. подстрекаетъ его украсть и передать ему, В., вещь; слуга получаетъ отъ хозяина согласіе выполнить это; дѣяніе В. наказуемо—такъ Kessler, 107, 108, указывающій на такое же рѣшеніе Юстиніанова кодекса, Allfeld, l. c; Bar, III, 62 См. ниже, о провокаціи.

75) Bar, 62; Liszt, V. D., 130.

76) Такъ райхсгерихтъ и, повидимому, нашъ Сенатъ (Рѣш. 1902 г. № 33) и Zitelmann, op. c., 85, послѣдній, впрочемъ, если это не противорѣчитъ добрымъ нравамъ; contra bonos mores--операція для устраненія способности къ зачатію, предпринятая по настоянію женщины, опасающейся дурной наслѣдственности. Ср. Garçon, art. 316, № 7, признающій въ такомъ случаѣ операцію наказуемой по отсутствію „but curatif". Contra bonos mores, по Цительману (80, 90), и нѣкоторыя операціи, направленныя на устраненіе дефектовъ красоты. Въ позднѣйшей статьѣ (см. Bar, 82, пр., 129) Цительманъ противоположнаго мнѣнія. Объ этихъ мнимо-врачебныхъ операціяхъ см. еще Мокринскій, 7.

77) Такъ Oppenheim см. у Геймбергера, указ. статья, 15; Мокринскаго, 34

78) Такъ впервые H. Meyer (см. Binding, Handb., 792, пр 2), Binding, 802 (нынѣ иначе), Таганцевъ, I, 515; Finger, I, 410; Garçon, art.

нещъ,—въ соотвѣтствіи врачебной дѣятельности правильной или признанной правомъ *цѣли* (rechtes Mittel zum rechten Zweck)[79]). Въ дѣйствительности всѣ эти основанія не имѣютъ точки опоры въ дѣйствующихъ законодательствахъ[80]) и представляются къ тому же излишними: такъ, согласіе, по мнѣнію многихъ, вообще не имѣетъ значенія при тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ, и въ нѣкоторыхъ случаяхъ операція совершается безъ согласія паціента, между тѣмъ и тогда остается при извѣстныхъ условіяхъ правомѣрной[81]); обычай не можетъ отмѣнять закона; профессіональнаго права врачей законъ не опредѣляетъ[82]), по крайней мѣрѣ—объема этого права[83]), и почему дѣятельность, состоящая въ членовредительствѣ, можетъ быть допущена, какъ право, остается невыясненнымъ[84]); тѣ же возраженія вызываетъ поправка къ этому взгляду, заключающаяся въ томъ что, это право принадлежитъ не только врачу, имѣющему дипломъ

309, № 80, Stephen, Digest, 226 и пр. на 164 стр.; Піонтковскій 147; Щегловитовъ, ор. с.; Познышевъ, § 90, указывающій однако и на различіе въ настроеніи врача и членовредителя. Binding, а также Liszt примѣняютъ „Berufsrecht" для оправданія и многихъ другихъ случаевъ, напр. обрѣзанія.

79) Dohna, 106, 107; ср. 104; Liszt, Lehrb., 158; Binding, Grundriss, 198; Meyer-Allfeld, § 33—IX.

80) См. критику теорій особенно у Stooss'a, Геймбергера, Ширяева, Мокринскаго, ор. с.

81) Zitelmann оправдываетъ эти случаи на основаніи *negotiorum gestio* и въ тѣхъ же предѣлахъ (104, слѣд., особ. 111): такъ еще—не составляетъ противоправнаго поврежденія имущества взломъ двери сосѣдомъ для проникновенія въ квартиру, въ отсутствіе ея хозяина, когда этотъ сосѣдъ слышитъ шумъ воды отъ лопнувшей водопроводной трубы и знаетъ, что въ квартирѣ никого нѣтъ. За болѣе широкое значеніе negotiorum gestio (не только при операціяхъ) Heimberger, V. D., IV, 79. Allfeld, l. c., находитъ только, что ссылка Цительмана на гражд. улож. недостаточно убѣдительна. Frank, 53*3*, находитъ иногда ненаказуемымъ вскрытіе чужого письма въ силу negotiorum gestio.

82) Zitelmann, 85, называющій это право призракомъ; Heimberger, V. D., IV, 20, 21.

83) А въ этомъ весь вопросъ, говоритъ Dohna, 97.

84) Геймбергеръ, ук. ст., 9; см также ироническое замѣчаніе Löffler'a, V D. B. Th., V, 244 (слова Мольера о профессіи врачей).

и принадлежащему къ извѣстной коллегіи, но всякому, оказывающему врачебную помощь; при отсутствіи соотвѣтствующихъ нормъ, это право остается висящимъ въ воздухѣ. Что касается послѣдняго изъ указанныхъ выше основаній, то произвольность его вытекаетъ изъ немотивированности принципа, что не противоправны средства, соотвѣтствующія правильной цѣли [85]).

Это подчеркивается распространеніемъ этого принципа и на дѣйствія, выходящія за предѣлы пользованія паціента, напр.: на *трансплантацію, переливаніе крови, опыты надъ людьми* [86]), *вивисекцію* [87]) Насколько эти дѣйствія представляютъ собою надлежащее средство для достиженія цѣлей леченія, можетъ быть опредѣлено не усмотрѣніемъ судьи или мнѣніемъ, господствующимъ въ медицинскихъ кругахъ, а только законодателемъ. Дозволенность такихъ дѣйствій можетъ опираться только на согласіе [88]) тѣхъ, которые даютъ свою кожу, кровь, предоставляютъ свое здоровье для опыта, если согласіе на тѣлесныя поврежденія признается дѣйствительнымъ.

Что касается хирургическаго нарушенія тѣлесной неприкосновенности, то вопросъ объ основаніи ненаказуемости совершенно праздный. *ненаказуемость объясняется просто отсутствіемъ состава преступленія въ хирургической дѣятельности* [89]); сходство съ тѣлесными поврежденіями только

---

86) См. выше, 422; а также Мокринскій, 29, 30.

86) Liszt, 159, Allfeld, l. c.

87) Піонтковскій, 148.

88) Проф. Ширяевъ, 38; Мокринскій, 94, 101: Kessler, 74; Heimberger, V. D IV, 74; Zitelmann, 85 (поскольку цѣль не противна добрымъ нравамъ).

89) Такъ особ. Stooss, op. c., 48, 49; еще раньше мимоходомъ Hess; далѣе Frank, 372, 373; Binding въ Lehrb. Besond. Th., I, § 15 стр. 56 (по существу это увеличеніе здоровья), Ширяевъ, 32, Розинъ въ „Правѣ“, 1903 г. № 24; Loffler, op. c., 247, Геймбергеръ, 34, слѣд., Bar, § 38 и въ итогѣ Мокринскій, 51—55. Наличность тѣлеснаго поврежденія признаютъ сторонники другихъ взглядовъ. Таганцевъ, впрочемъ, скорѣе только при неудачныхъ операціяхъ; Garçon, art. 309—311, № 81, видитъ въ нѣмецкихъ теоріяхъ не только излишнія тонкости и операцію считаетъ тѣлеснымъ поврежденіемъ.

внѣшнее: дѣйствія хирурга похожи на причиненіе ранъ, если разсматривать ихъ изолированно одно отъ другого, въ цѣломъ же эти дѣйствія даютъ иную картину[90]), такъ какъ нѣкоторыя изъ нихъ направлены на заживленіе, на устраненіе слѣдовъ хирургическаго ножа; отнятіе угрожающаго здоровью или жизни органа не увѣчье уже потому, что это—органъ негодный, атрофированный[91]).

Конечно, возможны *неудачныя операціи*, но и въ этомъ случаѣ умыселъ врача не направленъ ни на тѣлесное поврежденіе, которымъ дѣлается операція противъ воли врача, ни на причиненіе смерти Если врачъ ошибся въ діагнозѣ или въ выполненіи операціи—она не была нужна[91a]), или была преждевременна, или исполненіе было неправильно,—то врачъ отвѣчаетъ только за неосторожное причиненіе увѣчья[92]), смерти; то же слѣдуетъ сказать о рискованныхъ операціяхъ, если онѣ не вызывались необходимостью[93]): хи-

90) Это „цѣлевое понятіе", говоритъ Bar, l. c., цѣль даетъ дѣйствіямъ единство, Геймбергеръ остроумно замѣчаетъ, что съ такимъ же основаніемъ можно было бы назвать работу портного поврежденіемъ имущества, когда онъ разрѣзаетъ данную ему ткань.

91) Ср. Ширяевъ, ук ст., Мокринскій, 55, приводящій иной доводъ—необходимость сбалансированья частныхъ поврежденіи въ общей экономіи даннаго организма; важенъ итогъ. Но тогда необходимая и правильно выполненная операція, не спасшая паціента, была бы наказуемой, противъ чего communis opinio и самъ Мокринскій. По Loffler'y, l. c. операція можетъ противорѣчить нормѣ только на словахъ, но не смыслу ея, такъ какъ преслѣдуетъ тѣ же цѣли, что и норма, т. е. защиту блага. Это принципъ толкованія, примѣнимый и въ другихъ случаяхъ, какъ въ примѣрѣ Цительмана со взломомъ двери (выше, пр. 81) Геймбергеръ, 29, приводитъ слова Гиппократа: quod medicamentum non sanat, ferrum sanat, quod ferrum non sanat, ignis sanat.

91a) Если она совершена ради полученія гонорара (дантистъ вырвалъ здоровый зубъ, см. случай изъ практики у Цительмана, 81, 94), то дѣяніе—умышленное поврежденіе.

92) Возражаютъ иногда (Dohna, 105, Finger, 408, 409; Zitelmann, 82), что одно и то же дѣйствіе по этой теоріи могло бы быть или не быть тѣлеснымъ поврежденіемъ; справедливо однако замѣчаніе Геймбергера, 39, что, именно признавая операцію умышленнымъ тѣлеснымъ поврежденіемъ, и при небрежности выполненія нельзя было бы наказывать за неосторожное причиненіе вреда здоровью.

93) Въ противномъ случаѣ и такая операція не наказуема. Такъ (при согласіи паціента) англійское право (Wharton, I, § 452).

ургъ расчитываетъ именно на успѣхъ, хотя и легкомысленно.—luxuria.

Если *операція* предпринята *противъ воли паціента*, то и въ этомъ случаѣ она не становится тѣлеснымъ поврежденіемъ, но дѣяніе можетъ быть квалифицировано, какъ *преступленіе противъ свободы*—принужденіе, *по нашему законодательству, какъ—самоуправство*[94]). Постолько пріобрѣтаетъ значеніе вопросъ о согласіи паціента, который долженъ быть разрѣшаемъ на основаніи началъ, указанныхъ выше.

Такимъ образомъ, при наличности согласія нѣтъ принужденія; если согласіе дано на меньшую операцію, то хирургъ не въ правѣ производить болѣе важную, согласіе должно быть получено отъ паціента, но если онъ недѣеспособенъ въ указанномъ выше смыслѣ[95]), то отъ его законнаго представителя, если паціентъ достигъ возраста, въ которомъ его согласіе имѣетъ значеніе и который, до опредѣленія его закономъ, у насъ, въ Россіи, есть quaestio facti[96]), то при разногласіи паціента и его законныхъ представителей слѣдуетъ отдать предпочтеніе его волѣ.

Въ случаяхъ необходимости неотложной операціи для спасенія жизни, врачъ долженъ исходить изъ разумнаго предположенія, что паціентъ, если бы могъ, далъ бы согласіе принужденія нѣтъ, *по отсутствію умысла*, при неотложномъ оперированіи лица, находящагося

---

94) Такъ Löffler, 245; Stooss, l.c. Ширяевъ, 39, Трегубовъ, 22. Bar, 76, находитъ наказаніе за лишеніе свободы недостаточнымъ, особенно, имѣя въ виду грубое своеволіе врачей въ больницахъ. Heimberger предлагаетъ спеціальное постановленіе въ особенной части о самовольномъ леченіи; это выдѣленіе въ особый деликтъ слѣдуетъ признать дѣйствительно умѣстнымъ, такъ австр. проектъ, § 325; GE. § 279 и Begrundung, 264. См. еще Goldschmidt, Notstand, 58, пр. 47. Если леченіе противъ воли паціента повлекло причиненіе вреда, вслѣдствіе неправильности дѣйствій врача, то дѣяніе представляетъ собою совокупность лишенія свободы и неосторожнаго тѣлеснаго поврежденія или лишенія жизни. Это—идеальная совокупность. (См. Heimberger, въ V. D., IV, 67—69). Трегубовъ полагаетъ, что у насъ такой случай подходитъ подъ 1464 ст. Ул. о нак. Возможны случаи дозволеннаго принудительнаго леченія, напр. при эпидеміяхъ холеры, или въ отношеніи служащихъ въ войскахъ (см. Finger, 412; Трегубовъ, 32,слѣд.).

95) См. выше,

96) Heimberger, V. D., IV, 65, вообще противъ законодательнаго опредѣленія возраста. Проф. Мокринскій признаетъ такимъ возрастомъ 17-лѣтній (79), но затѣмъ самъ принужденъ допустить отступленія отъ этого правила (81)

въ безсознательномъ состояніи или недѣеспособнаго вообще, при невозможности испросить согласія законнаго представителя[97]). При этихъ условіяхъ допустимо и совершеніе болѣе сложной операціи, чѣмъ было условлено съ больнымъ, когда необходимость ея обнаружилась послѣ примѣненія наркоза[98]).

Но можно ли пойти дальше и разрѣшить операцію *для спасенія жизни* и при положительномъ нежеланіи паціента, какъ иногда полагаютъ въ медицинской средѣ[99])? Отрицательный отвѣтъ вытекаетъ изъ того, что всякому должно предоставить выборъ между естественной смертью и жизнью калѣки или смертью на хирургическомъ столѣ и, можетъ быть, на нѣкоторое время раньше. Но отказъ отъ операціи можетъ связывать врача только въ томъ случаѣ, когда паціентъ сознаетъ опасность для жизни; если же опасность не можетъ быть ему

---

97) Сходно Рѣш. 1902 г. № 33 (по дѣлу Модлинскаго), Познышевъ, 153; Heimberger, 66. Bar, 77—79, исходитъ изъ пресумпціи, что паціентъ желаетъ разумнаго. Contra Dohna, 107, приводящій въ оправданіе такихъ операцій, что неоказаніе помощи было бы «unrichtiges Verhalten». Zitelmann, 104, слѣд., опирается на negotiorum gestio, т. е. въ сущности также на предполагаемую волю паціента (Ср. Bar, l. c.). Garçon, art. 309—311, № 86, и Трегубовъ, 36, оправдываютъ эти случаи крайней необходимостью, что предполагаетъ однако признаніе закономъ права третьихъ лицъ приносить въ жертву меньшее благо угрожаемаго лица *безъ его согласія* для спасенія его высшаго блага и не соотвѣтствуетъ современному дѣйствующему праву (см. слѣд. главу). Изъ указаннаго въ текстѣ предположенія можно исходить и при оперированіи лица, покушавшагося на самоубійство, въ виду частыхъ случаевъ сожалѣнія ихъ о совершенномъ; часто операція необходима для устраненія паралича или другихъ тяжкихъ послѣдствій для здоровья, которыхъ не желаетъ и тотъ, кто рѣшился на самоубійство; остаться живымъ, но съ этими дефектами не могло бы соотвѣтствовать его волѣ. Zitelmann (116, 119) опирается на соотвѣтствіе леченія добрымъ нравамъ и даже на обязанность не убивать себя. Contra см Heimberger, V. D. 52, 53.

98) Въ пользу этого и Zitelmann, 111, 112, Heimberger, l. c.; Трегубовъ, 27, но лишь, если необходимо для спасенія жизни (при indicatio vitalis). Проф. Ширяевъ полагаетъ возможнымъ (41—43) вывести право хирурга на *такую* операцію изъ согласія на леченіе, но это согласіе не распространяется на *любые* лечебные пріемы. Bar, 78, 79, требуетъ для ненаказуемости позднѣйшаго одобренія такой операціи пациентомъ (ratihabitio). Въ германской практикѣ были случаи уголовнаго преслѣдованія хирурга, несмотря на ratihabitio (см. у проф. Ширяева, Мокринскаго и др.).

99) См. различныя мнѣнія медицинскихъ обществъ у Heimberger'a, V. D. IV, § 11, особ. стр. 51.

объявлена, во избѣжаніе рѣзкаго ухудшенія здоровья, то несогласіе не имѣетъ значенія, и, операція должна быть оправдана, если врачъ прибѣгъ къ обману (выманилъ согласіе на легкую операцію, а совершилъ сложную), или къ наркозу, безъ вѣдома паціента. Здѣсь примѣнимо то же соображеніе, что при оперированіи недѣеспособнаго при сознаніи опасности, согласіе послѣдовало бы.

Если есть законный представитель недѣеспособнаго, а въ послѣднемъ случаѣ, если есть близкое лицо (напр. мужъ, сынъ, дочь), ихъ согласія достаточно для хирурга; въ случаѣ же несогласія, операція составляетъ самоуправство. Казалось бы однако, что, если отклоненіе операціи этими лицами представляетъ несомнѣнную опасность для жизни паціента, хирургъ, игнорирующій несогласіе, долженъ быть все-таки оправданъ [100]), такъ какъ оно юридически ничтожно, будучи направлено противъ интересовъ представляемаго, который такимъ образомъ временно остается какъ-бы безъ представителя; и хирургъ тогда исходитъ изъ разумнаго предположенія, что самъ паціентъ согласился бы на операцію. Врачъ рискуетъ однако отвѣтственностью за самоуправство, если дѣйствительной необходимости нельзя будетъ установить.

Совершенно неправильнымъ слѣдуетъ признать взглядъ, высказанный *Сенатомъ* по дѣлу доктора Модлинскаго (1902 г. № 33): онъ произвелъ операцію несовершеннолѣтней паціенткѣ, не испросивши согласія ея матери; больная умерла. Операція, согласно экспертизѣ, была нужна и выполнена правильно, тѣмъ не менѣе Сенатъ согласился съ рѣшеніемъ низшей инстанціи, признавшимъ Модлинскаго виновнымъ въ неосторожномъ лишеніи жизни, при чемъ *явная неосторожность* (1468 ст. Ул. о нак.) *была усмотрѣна въ отсутствіи согласія матери*, хотя возможность предвидѣнья смертельнаго исхода нисколько не зависѣла отъ этого обстоятельства [101]).

---

100) Такъ, различно обосновывая это, проф. Мокринскій, 78 (опирается на ст. 170 X т. I ч.: родители не имѣютъ права на жизнь дѣтей), Zitelmann, 109, 113; въ случаѣ опасности промедленія (periculum morae) онъ указываетъ на то, что здѣсь есть общественный интересъ въ сохраненіи здоровья, Allfeld, 203, прим. 50 (не требуетъ, чтобы операція была необходима для спасенія *жизни*). Ваг, III, 81 и пр. 127, допускаетъ *продолженіе* операціи или необходимаго леченія, вопреки волѣ законныхъ представителей, требующихъ, напр., преждевременной выписки дѣтей изъ больницы. Въ пользу этого и Трегубовъ, 40—48 приводящій печальные факты при подчиненіи врача волѣ некультурныхъ родителей малолѣтняго паціента.

101) Противъ этого рѣшенія проф. Ширяевъ и Мокринскій (60)

Иногда тѣми же соображеніями, что и хирургическую операцію, оправдываютъ *перфорацію и искусственное прекращеніе беременности*, если эти дѣйствія, направленныя на уничтоженіе плода (или умерщвленіе ребенка при самыхъ родахъ), необходимы для спасенія матери отъ смерти или также отъ тяжкаго поврежденія здоровья[102]). Въ дѣйствительности однако эти случаи представляютъ существенное отличіе: дѣятельность врача уже не только лечебная, но и причиняющая вредъ другому самостоятельному объекту. Здѣсь коллизія двухъ благъ жизни (или здоровья) матери и жизни плода (или ребенка); одно изъ этихъ благъ приносится въ жертву для спасенія другого. Такая коллизія объемлется понятіемъ крайней необходимости[103]), но отчасти не подходитъ подъ постановленія о послѣдней въ дѣйствующихъ кодексахъ, отчасти же отличается нѣкоторыми особенностями, дающими основаніе для выдѣленія этихъ случаевъ и для спеціальнаго регулированія ихъ закономъ, тѣмъ болѣе, что условія ненаказуемости при крайней необходимости спорны и въ теоріи.

Дѣйствующія законодательства иногда допускаютъ оправдывающую или извиняющую ссылку на необходимость только, если преступное дѣяніе совершено для спасенія жизни и при томъ своей (такъ 100 ст. Ул о нак.) или же еще близкихъ родственниковъ, по-

---

послѣдній на томъ основаніи, что причиненіе вреда пріобрѣтаетъ значеніе для отвѣтственности только въ сочетаніи съ опасностью дѣйствія, но, съ одной стороны, Модлинскій не могъ бы отвѣчать за причиненіе смерти и при опасности операціи, если она была необходима, а отвѣчалъ бы развѣ только за самоуправство. съ другой стороны небрежность врача вызываетъ отвѣтственность за результатъ и при неопасной операціи Трегубовъ, 30, присоединяется къ Щегловитову, что въ операціи безъ выясненія воли паціента заключается преступная самонадѣянность.

102) Такъ, Дозышевъ, 152, перфорацію оправдываетъ профессіональнымъ правомъ, Таганцевъ, 515, исполненіемъ профессіональной обязанности въ отношеніи матери и необходимостью въ отношеніи плода. Liszt, Lehrb., 159, и Allfeld, 203, de lege lata—соотвѣтствіемъ средства дозволенной цѣли.

103) Такъ Kostlin, Revis., 604—606; Ianka, Notstand, 262; Bar, III, § 126; Heimberger, V. D. IV, 75, 76; Radbruch, Abtreibung въ V. D. B. Th., V, 169, слѣд., Allfeld, l. c., de lege ferenda; Garçon, art., 317, № 19; Wharton, I, § 510 и § 595.

этому врачъ, спасающій чужую жизнь или же только здоровье отъ тяжкаго заболѣванія не можетъ оправдываться необходимостью [104]). Далѣе, и въ теоріи для послѣдней признаются существенными наличность опасности и неотвратимость ея другими средствами, между тѣмъ перваго условія часто не будетъ при прерваніи беременности, которое предпринимается обыкновенно въ ея началѣ, въ предвидѣньи опасности при родоразрѣшеніи [105]); существованіе второго условія иногда подвергнется сомнѣнію при перфораціи, именно, если есть возможность извлеченія живого ребенка посредствомъ операціи кесарскаго сѣченія [106]): можетъ возникнуть вопросъ, считать ли эту операцію такимъ средствомъ, которое устраняетъ право на перфорацію? Рѣшеніе зависитъ отъ того, насколько кесарское сѣченіе представляется безопаснымъ въ данной ситуаціи: при опасности этой операціи, перфорація оправдывается необходимостью, въ противномъ случаѣ не оправдывается. Но въ правѣ ли врачъ при этомъ (второмъ) предположеніи прибѣгнуть къ кесарскому сѣченію и при несогласіи паціентки на томъ основаніи, что спасаемое благо—жизнь ребенка—выше нарушаемаго—свободы матери, или же не въ правѣ, на томъ основаніи, что самостоятельное вмѣшательство третьихъ лицъ въ коллизію двухъ благъ не должно быть допущено безъ ограниченій даже для спасенія болѣе цѣннаго блага? Не должно ли это послѣднее соображеніе тѣмъ болѣе препятствовать какъ перфораціи, такъ и кесарскому сѣченію, т. е. вообще самостоятельному дѣйствію врача, если эта операція опасна, и мать или близкіе не даютъ ему отвѣта, не желая принять на себя тяжкое рѣшеніе? Въ правѣ ли врачъ рѣшить самъ этотъ вопросъ, или же предоставить гибели, можетъ быть, и мать, и ребенка? Разрѣшеніе этихъ сомнѣній можетъ послѣдовать только законодательнымъ путемъ [107]).

---

104) Поэтому криминалисты прибѣгаютъ иногда къ искусственнымъ пріемамъ: такъ, Schwarze разсматриваетъ врача, какъ (безответственное) орудіе, которымъ мать спасаетъ *свою* жизнь, или же дѣйствіе врача разсматриваютъ, какъ оборону матери, допустимую и для спасенія чужого блага (ѣм. у Allfeld'a, 203, пр. 52; у Köstlin'a, l. c.), но оборона возможна только противъ нападенія, котораго въ этихъ случаяхъ нѣтъ. Геймбергеръ (ук. статья 48), вмѣстѣ съ Гельшнеромъ оправдывалъ перфорацію тѣмъ, что право защищаетъ плодъ только въ случаѣ возможности его естественнаго отдѣленія отъ утробы матери; но перфорація иногда предпринимается и при такой возможности, если тѣмъ не менѣе матери угрожаетъ опасность.

105) За особое постановленіе закона для этого случая Goldschmidt, Notstand, 65, пр. 60; авторы GE. см § 259 и Begründ, 251, по образцу 295 § австр. проекта.

106) За перфорацію Garraud, IV, № 392; ср. Garçon, № 21.

107) Ср. Radbruch, Heimberger, Bar, Goldschmidt, l. c.

3. Къ числу основаній, исключающихъ противоправность дѣянія, принадлежатъ также *исполненіе закона*, или обязанности, изъ него вытекающей, а также осуществленіе права частнаго или публично-правового полномочія. Первое изъ этихъ основаній, несмотря на его очевидность, законодательства иногда спеціально оговариваютъ въ общей или особенной части кодекса.[108]) Такимъ образомъ вывозъ судебнымъ приставомъ мебели должника въ аукціонную камеру и продажа, согласно исполнительному листу, или распоряженіе объ арестѣ преступника, сдѣланное судебнымъ слѣдователемъ не составляютъ преступленія; конечно, органъ, предпринимающій дѣйствіе, долженъ быть именно тотъ, который указанъ въ законѣ; должны быть, далѣе, соблюдены указанныя въ послѣднемъ условія для принятія данной мѣры.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ предоставляетъ субъекту *самостоятельно осуществлять* или же обезпечивать свое *частное право* безъ помощи судебной власти, и, въ силу этого дозволенія, дѣяніе теряетъ свойство преступнаго насилія или самоуправства, напр. задержаніе животныхъ, произведшихъ потраву, собственникомъ земельнаго участка, въ нѣкоторыхъ законодательствахъ—удержаніе вещей не заплатившаго постояльца и т. п. Иногда законъ устанавливаетъ право частнаго лица на какое-либо дѣйствіе, само по себѣ преступное, въ *публичномъ* интересѣ, напримѣръ задержаніе преступника in flagranti; наше Ул. о нак (ст. 1471) „не вмѣняетъ въ преступленіе“ убійство человѣка, старающагося бѣжать изъ карантина, совершенное даже частнымъ лицомъ, если не было другого средства остановить бѣгущаго.

Большей частью эти полномочія предоставляются должностнымъ лицамъ, и осуществленіе полномочія составляетъ въ то же время исполненіе обязанности, вытекавшей изъ закона. Частные случаи представляетъ собою осуществленіе права воспитателя или дисциплинарной власти. Директоръ гим-

---

108) Такъ ст. 44 Уг. Ул.; ст. 1471, 1495 Ул. о нак.; далѣе—70 ст С. pén. belge, 327 ст С. pén fran. („Il n' y a ni crime, ni delit, lorsque l' homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l' autorité legitime).

назіи, оставляющій ученика безъ обѣда или задерживающій его на нѣсколько часовъ въ помѣщеніи гимназіи въ наказаніе за шалость, начальникъ, дѣлающій выговоръ подчиненному, не совершаютъ, конечно, преступнаго дѣянія. Вопросъ сводится только къ опредѣленію объема указанныхъ полномочій и наличности условій, съ которыми законъ связываетъ ихъ осуществленіе; этотъ вопросъ разрѣшается въ соотвѣтствующихъ правовыхъ дисциплинахъ и не принадлежитъ къ области уголовнаго права.

4. Къ числу обстоятельствъ, исключающихъ противоправность, относятъ обыкновенно и *приказъ по службѣ*, данный начальникомъ подчиненному. Но, если этотъ приказъ представляется законнымъ, то совершаемое подчиненнымъ дѣяніе оправдывается уже тѣмъ, что исполненіе обязанности, вытекающей изъ закона, непреступно; если же приказъ предписываетъ незаконное или преступное дѣйствіе, то онъ не можетъ быть поставленъ въ правовомъ государствѣ выше закона и не можетъ обязывать подчиненнаго[109]): послѣдній обязанъ повиноваться только приказу, относящемуся *къ кругу его служебной дѣятельности*, но къ этому кругу не принадлежатъ преступныя дѣянія, напр. избіеніе, истязанія, нанесеніе обиды, изнасилованье и т. п.[110]): Такимъ образомъ особое постановленіе закона, что приказъ освобождаетъ подчиненнаго отъ отвѣтственности не всегда, а только, если онъ обязателенъ для подчиненнаго (такъ 49 ст. Итальянскаго улож.)[111]), или, если онъ не предписываетъ явно преступнаго (такъ 44 ст. Угол. Ул.), представляется излишнимъ и можетъ быть признано полезнымъ развѣ только потому, что исторія знаетъ примѣненіе иного начала—слѣпого по-

---

109) Это признаетъ и 393 ст. Ул. о нак., карающая ослушаніе подчиненнаго „кромѣ лишь случая, если бы начальникъ потребовалъ чего-либо противозаконнаго“, и 403 ст. Ул. о нак., карающая подчиненнаго, исполнившаго приказаніе сдѣлать въ кругѣ дѣйствій по службѣ что-либо противное законамъ.

110) Такъ и Manzini, II, 211.

111) „per ordine, che era obbligato ad eseguire dell' autorita competente“.

виновенія[112]) и безотвѣтственности подчиненнаго при исполненіи и незаконныхъ приказовъ.

Точно также изъ существа обязанностей подчиненнаго вытекаетъ, что обязательнымъ можетъ быть только приказъ, данный *компетентной властью* и въ *предписанной закономъ формѣ*[113]). Могутъ быть, конечно, случаи *матеріальной* незаконности приказа: предписывается дѣйствіе (или бездѣйствіе), принадлежащее къ кругу обязанностей подчиненнаго и къ предметамъ компетенціи начальника и въ надлежащей формѣ, но для принятія этой мѣры нѣтъ основаній, съ наличностью которыхъ законъ ее связываетъ: начальникъ тюрьмы приказываетъ подчиненному дать разрѣшаемое закономъ число розогъ арестанту, слѣдователь предписываетъ подвергнуть задержанію обвиняемаго, хотя для тѣлеснаго наказанія или для лишенія свободы нѣтъ достаточныхъ данныхъ и мѣра, можетъ быть, принимается изъ мести или по другимъ мотивамъ личнаго свойства; исполнительный листъ на взысканіе выданъ предсѣдателемъ суда до истеченія срока на принесеніе апелляціонной жалобы. Поскольку повѣрка наличности условій для данной мѣры предоставлена начальнику, постольку приведеніе ея подчиненнымъ въ исполненіе есть служебное дѣйствіе, а не преступленіе[114]). За это дѣйствіе можетъ отвѣчать только начальникъ, какъ

---

112) Такъ Воинск. Артикулъ. См. Таганцевъ, I, 509 Въ теоріи эту точку зрѣнія, встрѣчающуюся еще у Гоббеса, защищалъ въ началѣ XIX в Gonner, давая подчиненному право только обратить вниманіе начальника на неправомѣрность приказа (Remonstrationstheorie). См. Bar, III, § 49 У него же, §§ 48, 49, и другія историческія данныя. Римское право и итальянскіе юристы XVI в. считали приказъ оправдывающимъ обстоятельствомъ только при менѣе важныхъ деликтахъ, при болѣе важныхъ—смягчающимъ.

113) Ст. 44 Угол. Ул.: Не почитается преступнымъ ни дѣяніе учиненное во исполненіе закона, ни дѣяніе учиненное во исполненіе приказа по службѣ даннаго подлежащей властью, въ предѣлахъ ея вѣдомства, съ соблюденіемъ установленныхъ правилъ, если приказъ не предписывалъ явно преступнаго

114) См. Manzini, II, 213, M. Mayer, V D. Bes Th. I, 450, слѣд. и Rechtswidriger Befehl, 139, слѣд. (подчиненный не обязанъ къ повѣркѣ матеріальной правильности приказа, но имѣетъ на это право, такимъ

за умышленное или неосторожное[115]). Въ случаѣ умысла начальника подчиненный можетъ отвѣчать только при соучастіи съ нимъ, когда дѣйствіе теряетъ значеніе служебнаго, въ виду частной цѣли, преслѣдуемой обоими должностными лицами[116]).

Возможны и такіе случаи, въ которыхъ подчиненный исходитъ изъ предположенія или увѣренности, что предписанное къ выполненію дѣйствіе входитъ въ кругъ его обязанностей, полагаясь на лучшее знаніе или пониманіе ихъ начальникомъ. Если дѣяніе тѣмъ не менѣе преступно, то оно не оправдывается приказомъ, но остается противоправнымъ и *можетъ быть* только *не вмѣнено въ вину* подчиненному *въ силу* его *ошибки въ правѣ*[117]), поскольку законодательство придаетъ ей значеніе[118]). Въ сущности таковъ истинный

образомъ одинаково не подлежитъ отвѣтственности ни при исполненіи приказа, ни при неисполненіи). Contra Bar, 112—114, признающій обязанность подчиненнаго повѣрять установленныя закономъ условія должностного дѣйствія и допускающій исключеніе только для исполненія матеріально неправильныхъ судебныхъ рѣшеній. Проф. Познышевъ требуетъ законности приказа по содержанію, но оцѣнки цѣлесообразности мѣры не предоставляетъ подчиненному (144, 145) Проф. Піонтковскій, 141, требуетъ соотвѣтствія приказа интересамъ правопорядка.

115) Какъ и въ другихъ случаяхъ неправомѣрнаго приказа, подчиненный разсматривается, какъ, орудіе начальника, послѣдній —посредственный виновникъ (mittelbarer Thäter).

116) Ср. Kleinfeller, 287; Познышевъ, 144

117) Такъ Binding, Handb., I, 806; Bar, III, 115; Dohna, 137; Garraud, I, 600; Laborde, 119. Придаютъ значеніе bonae fidei подчиненнаго Піонтковскій 143, Голландское улож. ст. 43, ч. 2, англійское право Stephen, Dig., art. 223. Отвѣтственность подчиненнаго за исполненіе приказа устанавливается и военно-угол. законодательствомъ Германіи (§ 47), если онъ *зналъ*, что приказъ относится къ дѣянію, имѣющему цѣлью военное или общегражданское преступленіе. У насъ, согласно 69 ст. Воинск. Уст. о нак. (Св. воен. постан., кн. XXII, изд. 1913 г), не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное во исполненіе приказа, даннаго начальникомъ, если приказъ былъ данъ по службѣ или *почитался* подчиненнымъ за таковой, и если подчиненный *не сознавалъ преступности* предписаннаго". См. еще Majno, Commento al Cod. (1911 г.), 138

118) Такимъ образомъ приказъ нельзя признать обстоятельствомъ

смыслъ и ст 43-й Угол. Ул., которая признаетъ дѣяніе непреступнымъ въ силу приказа по службѣ, если онъ не предписывалъ *явно* преступнаго[119]). Именно при явно преступномъ содержаніи приказа, ссылка на невѣдѣнье противоправности не болѣе, чѣмъ отговорка; устанавливается какъбы пресумція malae fidei. Если противоправность не выступаетъ явно[120]), то пресумируется невѣдѣнье, ошибка подчиненнаго въ правѣ, и вмѣстѣ съ тѣмъ ей придается значеніе, въ изъятіе изъ принятаго у насъ начала „error juris nocet"[121]).

устраняющимъ противоправность, по крайней мѣрѣ въ обще-принятомъ смыслѣ. M. Mayer видитъ здѣсь основаніе, исключающее вину (op. c. 134, 135; Frank—субъективно оправдывающее основаніе, т. е. приказъ оправдываетъ, „покрываетъ" лично—одного подчиненнаго, но дѣяніе остается противоправнымъ, допустима оборона, и отдавшій приказъ отвѣчаетъ (112). Во Франціи приказъ разсматривается или, какъ обстоятельство, исключающее умыселъ, или какъ психическое принужденіе (при наличности другихъ условій послѣдняго) и только въ случаяхъ, спеціально предусмотрѣнныхъ 114 ст. 2 ч и 190 ст. C. pén, какъ обстоятельство исключающее наказуемость—excuse absolutoire (см особ. Vidal, № 187, Garçon, art, 64, №№ 157—162, приказъ внѣ этихъ послѣднихъ случаевъ—fait justificatif); для ненаказуемости по ст. 114 и 190-ой требуется, чтобы дѣяніе относилось къ предметамъ вѣдомства начальника, въ отношеніи которыхъ была обязанность повиноваться Если приказъ законный, то подчиненный не отвѣчаетъ уже въ силу *законности* дѣянія (Garçon, art. 64, № 155); частный случай регулируется ст. 327 C. pen. (см. выше, прим. 108).

119) Въ пользу признака «явной преступности» Prins, №№ 343, 344. Bar, III, 115; Таганцевъ, l.c.; Laborde, 119. Contra Кознышевъ, 146; Manzini, II, 209.

120) Если правомѣрность приказа сомнительна, а законъ обязываетъ къ исполненію такого приказа, то именно послѣдній, т. е. исполненіе обязанности, устраняетъ отвѣтственность подчиненнаго, но не ошибка, говоритъ Binding, l. c.

121) Ср. объясненія къ проекту Угол. Ул. I, 364, 365: „явная преступность указываетъ объективную грань, до которой фактъ даннаго приказанія освобождаетъ исполнителя отъ отвѣтственности, безотносительно къ тому зналъ ли онъ или не зналъ о такой противозаконности". Такимъ образомъ, если нѣтъ явности, то и при знаніи противозаконности дѣяніе непреступно. Но «Объясенія» полагаютъ, что, независимо отъ этого объективнаго условія, добросовѣстная ссылка на невѣдѣнье противозаконности устраняетъ вмѣненіе въ вину, въ силу постановленія объ ошибкѣ.

Когда исполненіе приказа не устраняетъ уголовной отвѣтственности, оно можетъ вліять на смягченіе наказанія[122]), въ виду зависимаго положенія подчиненнаго. Такое же значеніе имѣетъ приказаніе не по службѣ государственной, а въ кругу частно-правныхъ отношеній. напр. въ семьѣ, на частной службѣ. (см. ст. 134, п. 6 Ул. о нак.). Если подчиненный вышелъ за предѣлы приказа, то эксцессъ послѣднимъ, конечно, никогда не оправдывается[123]).

---

122) См. ст. 403 и 134, п. 6 Ул. о нак., Піонтковскій, Vidal, l. c. и друг.

123) Такъ 69 ст. В. Уст. о нак. въ прежней редакціи. Итальянскій код. (§ ст. 50) содержитъ спеціальное постановленіе о неосторожномъ эксцессѣ (См. Manzini, II, № 397).

ГЛАВА XIV.

Обстоятельства, исключающія противоправность (продолженіе). Необходимая оборона. Крайняя необходимость.

I. Понятіе *необходимой обороны* и основаніе ненаказуемости дѣянія при оборонѣ. II. Анализъ ея элементовъ 1. нападеніе, 2. противоправность его· a. различное пониманіе этого признака и въ связи съ этимъ различія въ отграниченіи обороны отъ необходимости; b. оборона противъ незаконныхъ дѣйствій органовъ власти; 3. своевременность обороны; 4 блага, оборона которыхъ допускается, 5. соразмѣрность защиты. III. Нѣкоторыя условія допустимости обороны, выдвигавшіяся въ прежнихъ законодательствахъ и теоріи IV. Превышеніе обороны. V. Мнимая оборона и оборона, какъ предлогъ. VI. Оборонительныя приспособленія.—VII. Понятіе *крайней необходимости;* виды коллизій, историческія данныя. VIII. Элементы крайней необходимости. IX. Юридическое значеніе ея: 1. субъективная теорія, ея основанія и выводы; 2. объективныя теоріи и принципъ преобладающаго интереса: a. теорія юридическаго безразличія дѣянія, совершеннаго въ состояніи необходимости; основаніе и выводы этой теоріи; b теорія права нужды, основаніе и выводы. X. Двойственный характеръ случаевъ необходимости; рѣшеніе вопроса de lege ferenda. XI. Крайняя необходимость въ современномъ положительномъ правѣ.

Литература Особенно важны: *Ianka.* Der stafrechtliche Notstand. 1878. *Binding.* Handbuch, I. *Moriaud.* Le délit necessaire et l' état de necessité. 1889. *Löffler.* Unrecht und Notwehr, въ Z. 21 т. *Dohna* и *Hold von Ferneck* (см. литер. къ XIII гл.) *Oetker.* Notwehr und Notstand въ V. D, II *Bar,* Gesetz und Schuld, III, *Таганцевъ,* I *Manzini,* II. *R. Merkel.* Die Kollision rechtsmassiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtsmässigen Handlungen 1895. *Frank* въ Reform, I. *Goldschmidt.* Notstand, ein Schuldproblem. 1913. *Розинъ.* О крайней необходимости. 1899. *Baumgarten,* Notstand und Notwehr. 1911. См. еще *Фельдштейнъ* (указ. къ гл. XIII). *Sermet.* L' état de necessité en matière criminelle. *Пусторослевъ.* Незамѣнимая саморасправа. 1889 Levita. Das Recht d Notwehr. 1845. Къ ц. II-1,b. M. Mayer въ V. D. Bes. Th. I. *Куплевасскій,* въ Ю. В, 1887 г., № 5. *Kallina* Notwehr gegen Amtshandlungen. 1898. Другія указанія см. въ примѣч.

Въ вопросѣ объ уголовной отвѣтственности большое значеніе имѣетъ то обстоятельство, что преступное дѣяніе предпринято для устраненія опасности, грозившей правовому благу. Источникъ опасности иногда заключается въ нападеніи, и дѣяніе направляется противъ этого источника, иногда же опасность вызывается стихійными силами, и дѣяніе состоитъ въ подставленіи подъ ихъ дѣйствіе чужихъ благъ, для спасенія своего. Въ первомъ случаѣ говорятъ о необходимой оборонѣ, во второмъ о крайней необходимости. Эти два института находятся въ извѣстной связи, но юридическая природа ихъ не тождественна[1]): необходимая оборона принадлежитъ къ обстоятельствамъ, исключающимъ противоправность, необходимость имѣетъ такое значеніе невсегда; въ нѣкоторыхъ случаяхъ она исключаетъ вмѣненіе дѣянія въ вину, представляетъ собою извиняющее обстоятельство. Но, съ одной стороны, отнесеніе этихъ случаевъ къ другому отдѣлу препятствуетъ цѣльности изложенія вопроса о необходимости, съ другой стороны, послѣднее выигрываетъ при сопоставленіи съ вопросомъ о необходимой оборонѣ Поэтому къ настоящей главѣ отнесены оба института.

I. *Необходимая оборона есть защита своего или чужого блага, которая требуется для отраженія наличнаго неправомѣрнаго нападенія и состоитъ въ причиненіи вреда нападающему*[2]). *Такое причиненіе вреда теряетъ противоправный характеръ*[3]), *и дѣяніе, совершенное оборонявшимся, ненаказуемо.*

---

1) Согласно мнѣнію Dohna, 128—130, Ferneck'a, 102; Frank'a, 118, оборона есть частный случай необходимости.

2) Ср. Liszt, § 33,—II; Познышевъ, § 91; Finger, I, 384; Binding, Handb, I, 732. Въ зависимости отъ различія во взглядахъ на соотношеніе обороны и необходимости (см. ниже) даются и другія опредѣленія необходимости; см. напр., Allfeld, § 31; Frank, 123. Опредѣленія обороны даютъ нѣкоторые кодексы: Германск., § 53, Голландскій, ст. 41, Итальянскій, ст. 49, п. 2.

3) Такъ, communis opinio и *Угол. Ул*, ст. 45, ч. 1. *„Не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное при необходимой оборонѣ* противъ незаконнаго посягательства на личныя или имущественныя блага самого защищавшагося или другого лица". Такъ и § 53 герман. ул. и ст. 328 С. рѣп. *Улож. о нак. относитъ оборону къ обстоятельствамъ, исключающимъ вмѣненіе въ вину* (ст. 101 и 92). Итальян. ул., 49 ст, говоритъ о ненаказуемости того, кто причинилъ вредъ при оборонѣ.

Это положеніе настолько ясно, что почти не нуждается въ обоснованіи. Оно такъ же старо, какъ институты права и государства, и даже больше: уже въ догосударственномъ быту существовала оборона и при томъ, какъ единственное средство защиты благъ; но, конечно, тогда не могло возникать вопроса о ея наказуемости. Это была чуждая правовой квалификаціи [4]) естественная реакція субъекта, которому принадлежало или было дорого данное благо, противъ того, кто желалъ его отнять. Въ этомъ смыслѣ можно согласиться съ знаменитымъ изреченіемъ Цицерона [5]), что дозволенность обороны est *non scripta, sed nata lex*, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus. Но, конечно, слово „lex" не означаетъ здѣсь правовой нормы, велѣнія естественнаго права, которымъ иногда обосновываютъ оборону [6]). Въ государственномъ быту, дозволенность обороны, представляющей собою часто тяжкое преступленіе по внѣшнему проявленію, напр., убійство, причиненіе ранъ, можетъ опираться только на разрѣшеніе государственной власти, устанавливающей для этихъ случаевъ изъятіе изъ запретовъ. Но и тогда, когда возникаетъ *государство*, оно *не монополизируетъ защиты правовыхъ благъ* ни въ отдаленныя эпохи еще слабой государственной власти, ни позже въ эпоху ея укрѣпленія, устанавливая только опредѣленныя условія обороны, иногда нѣкоторыя ограниченія, но всегда допуская ее. Этотъ историческій фактъ находитъ себѣ объясненіе въ цѣлесообразности и да-

4) Ср. Таганцевъ, I, 520; Oetker, V. D. II, 257; оба говорятъ о *правѣ* обороны, не созданномъ, но только признанномъ государствомъ.

5) Pro Milone, cap. 4.

6) Въ этомъ смыслѣ школа естественнаго права и уже римскіе юристы, относившіе право обороны къ jus gentium; такъ Павелъ (l. 45, § 4 D. 9, 2): vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt; далѣе l. 1 § 27 D. 43, 16: vim vi repellere licere, Cassius scribit: idque jus natura comparatur, см. еще друг. выраженія этой мысли въ римскомъ правѣ у Geib'a, II, § 91; Binding'a, Grundriss, § 79; такъ и итальянская средневѣковая юриспруденція и Carpzow. См. Bar, III, 130, слѣд. Естественнымъ, прирожденнымъ правомъ считаютъ оборону и нынѣ французскіе криминалисты, такъ: Vidal, № 189; Laborde, 120; повидимому, но менѣе опредѣленно, и Garraud, I, № 297, изъ прежнихъ криминалистовъ Ortolan, I, № 417; Кистяковскій, § 214, и др.

же необходимости института обороны: государство не въ состояніи обезпечить ненарушимость правовыхъ благъ въ любой моментъ, какъ бы ни были велики его средства предупрежденія противоправныхъ дѣяній, и не должно обрекать личность на бездѣйствіе и на утрату благъ и приносить въ жертву право [7]). *Служа той же цѣли, что и послѣднее — защитѣ благъ, оборона не можетъ быть признана противоправной; въ этомъ заключалось бы внутреннее противорѣчіе* [8]). Достаточно представить себѣ положеніе современнаго общества при недозволенности обороны! Картина была бы поистинѣ безотрадная. опасеніе энергичнаго отпора, часто болѣе внушительное, чѣмъ страхъ наказанія [9]), уже не останавливало бы злоумышленниковъ; число преступленій возросло бы въ значительной степени, шансы неудачи сильно бы понизились, а мирные граждане были бы пассивными зрителями попранія правопорядка, и, если бы, какъ надо полагать, они не удовлетворились такою ролью и все-таки дали отпоръ, то подлежали бы уголовной репрессіи! [10]) Нужно ли болѣе убѣдительное доказательство, что законъ долженъ не предупреждать, а поощрять оборону, и не только въ цѣляхъ охраны правовыхъ благъ, подвергшихся нападенію, но и, какъ серіозный факторъ поднятія правосознанія въ населеніи, воспитанія въ немъ активнаго чувства правды! [11]) Такимъ образомъ дѣяніе, совершенное при

---

7) Такъ нынѣ общее мнѣніе; это обоснованіе также у современныхъ сторонниковъ обороны, какъ естественнаго права: см., напр. Garraud, Laborde, l c.

8) Ср. принципъ для оцѣнки противоправности, предлагаемый Loffler'омъ (выше, здѣсь, стр. 448, пр. 91).

9) См. особенно Ferneck, 126; далѣе, такъ Познышевъ, § 91; Піонтковскій, 161, 162 Garçon, art. 328, № 8.

10) О безцѣльности наказанія по отсутствію порочности воли или антисоціальнаго настроенія. Таганцевъ, 519, Garcon, Познышевъ, Піонтковскій l. c. Субъективному моменту—юридическому и соціальному мотиву—придаетъ исключительное значеніе Florian, § 268, и считаетъ оборону устраняющей вину. Ср. по поводу сходнаго мнѣнія Fioretti и Zerboglio возраженіе Vidal'я, справедливо видящаго здѣсь petitio principii, ибо указанное свойство мотива предполагаетъ доказаннымъ, что оборона правомѣрна

11) Такъ особенно Іерингъ „Борьба за право"; далѣе Binding. Handb., 731 Oetker, l c. ритъ о объ имманентной праву т

необходимой оборонѣ, не должно вызывать какой-бы то ни было отвѣтственности, напр., за вредъ и убытки [12]), и вопросъ можетъ заключаться только въ томъ, изъ какихъ элементовъ слагается оборона и въ какихъ предѣлахъ она допустима.

Въ прежней литературѣ было много теорій, старавшихся объяснить ненаказуемость дѣянія при оборонѣ. Всѣ онѣ давно утратили значеніе вмѣстѣ съ тѣми государственно-правовыми или же философскими ученіями, отпрысками которыхъ онѣ являются. Таковы ученія объ общественномъ договорѣ, нарушеніе котораго нападающимъ возвращало въ догосударственный періодъ и оживляло естественныя права обороняющагося [13]), или о ничтожности неправды, демонстрируемой обороной, этимъ отрицаніемъ отрицанія права (Гегель) [14]). Встрѣчались и попытки уголовно-юридическаго обоснованія ненаказуемости: ее выводили изъ невмѣняемости обороняющагося, вызванной нападеніемъ [15]), вопреки очевиднымъ фактамъ, свидѣтельствующимъ о томъ, что отпоръ даютъ нападающему лица именно болѣе хладнокровныя, не теряющіяся въ опасности, способныя владѣть собою и оцѣнить положеніе. Въ оборонѣ усматривали, далѣе, возмездіе [16]), хотя это объясненіе оставляло открытымъ рядъ вопросовъ: почему возмездіе предупреждало преступное посягательство, а не слѣдовало за нимъ, почему оно не должно сообразоваться со степенью вины нападающаго, какимъ образомъ оно передается въ руки отдѣльнаго лица, а не остается государственнымъ, какъ примирить это возмездіе съ примѣненіемъ къ преступнику государственнаго возмездія—наказанія, несмотря на уже полученное имъ при оборонѣ?

самоподдержанія противъ неправды); Ianka, op. c., § 4, особ 27 стр (Das Recht ist.. Kraftbegriff).

12) Спеціальное постановленіе объ этомъ въ герман. гражд. ул. BGB), § 227.

13) См. у Garcon, art. 328, № 3, Florian'a § 267. Эта мысль даже нынѣ у Н С. Таганцева, 520; ср еще Feuerbach, Lehrb., § 36. Fichte разсматривалъ оборону, какъ видъ крайней необходимости и объяснялъ ненаказуемость обороны прекращеніемъ возможности совмѣстнаго существованія столкнувшихся лицъ и вмѣстѣ съ нею прекращеніемъ господства права, предполагающаго это сосуществованіе (Ianka, 4).

14) О различныхъ варіантахъ этого ученія по поводу обороны у послѣдователей Гегеля—Ianka, § 3.

15) Этотъ взглядъ, ведущій свое начало отъ Пуффендорфа, пользовался популярностью у прежнихъ французскихъ криминалистовъ. См. Garçon, l. c., № 5—7.

16) Geyer. D. Lehre von der Nothwehr, 1857 г.; элементъ возмездія въ оборонѣ признаетъ нынѣ Ferneck, 124, слѣд., ср. также Moriaud, 301

II. Понятіе обороны слагается изъ двухъ элементовъ. нападенія и защиты, которыя должны удовлетворять извѣстнымъ условіямъ:

1. Оборона предполагаетъ *нападеніе, т. е. активное, или положительное дѣйствіе.* [17]) Противъ бездѣйствія оборона недопустима, напр противъ неисполненія обязанности уплаты наемныхъ денегъ или обязанности оставить чужое помѣщеніе; [18]) если законодательство допускаетъ удержаніе вещей не уплатившаго постояльца или же насильственное удаленіе изъ своей квартиры какого-либо назойливаго посѣтителя, то въ этомъ слѣдуетъ видѣть скорѣе дозволенное осуществленіе права. [19])

Иногда, впрочемъ, оборону признаютъ допустимой и противъ угрожающаго правоохраненному интересу состоянія, а не только дѣйствія, для того, чтобы обезпечить ненаказуемость въ приведенныхъ и сходныхъ случаяхъ, при молчаніи о нихъ законодательства [20]). *Обороной оправдываютъ* тогда *и дѣйствія интересента, направленныя противъ угрожающихъ опасностью вещей* [21]) или противъ предметовъ,

17) Такъ господствующее мнѣніе, см Liszt, l. c.; Allfeld, 184, пр. 23, Binding, Handb, 736, Frank, 123. Нападеніе говоритъ Frank, есть дѣяніе, направленное на измѣненіе существующаго состоянія причиненіемъ вреда правовому благу.

18) Поддержаніе (продленіе) противоправнаго состоянія не есть нападеніе, говоритъ по этому поводу Frank, l. c.

19) См. Таганцевъ, 516, Allfeld, l. c. Такъ и нашъ Сенатъ, см. Уст. о нак., ст. 142 изд. Таганцева, рѣшенія. 1875 г. № 174; 1871 № 767; ср. 1868 № 335.

20) Такъ особенно Bar, III § 68, допускающій оборону противъ не желающаго удалиться путника, которому дали только укрыться отъ непогоды и который остается и послѣ этого; что касается обороны противъ проводника, желающаго покинуть туриста при осмотрѣ катакомбъ (другой примѣръ Bar'a), то попытка проводника уйти есть уже дѣйствіе, создающее опасность, а не упущеніе. Wharton, I, § 624 (а не стр. 624), на котораго ссылается Bar (147, пр 244) по поводу неоставленія помѣщенія, хотя и признаетъ насиліе „excusable", не говоритъ, что это оборона.

21) Такъ Binding, Grundriss, 191; Bar, l c; Познышевъ, § 94. Вопросъ связанъ съ постановленіемъ § 228 германск B.G.B. по поводу поврежденія чужой вещи для устраненія грозящей отъ нея опасности; это поврежденіе не признается этимъ §-омъ противоправнымъ, если оно было нужно и не стояло внѣ соразмѣрности съ опасностью. Подъ чужой вещью разумѣютъ и *чужое животное.* Принципъ пропорціональности (соразмѣрности), вводимый § 228-мъ, не согласуется съ постано-

препятствующихъ осуществленію права, напр., уничтоженіе поставленнаго кѣмъ-либо загражденія, мѣшающаго проѣзду по дорогѣ общаго пользованія [22]). Но при такомъ распространеніи необходимой обороны на случаи, гдѣ нѣтъ нападенія, понятіе теряетъ опредѣленность: „состояніе", дающее право прибѣгнуть къ оборонѣ, можетъ получить слишкомъ широкое толкованіе, при которомъ самоуправство окажется дозволеннымъ въ объемѣ, далеко превосходящемъ дѣйствительно необходимое [23]).

2. *Нападеніе должно быть неправомѣрнымъ, т. е. такимъ, которое не основывается на какомъ-либо специальномъ полномочіи нападающаго и которому обороняющійся не обязанъ подчиниться* [24]). Поэтому оборона недопустима противъ дѣйствія, разрѣшеннаго правомъ, напр. противъ обороны, или же имъ предписаннаго, напр. противъ лишенія свободы, приводимаго въ исполненіе полиціей, по распоряженію слѣдственной власти. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать обычно принятое опредѣленіе обороны, какъ отраженія противоправнаго нападенія имѣется въ виду *объективная противоправность*; сознаетъ ли нападающій это свойство своего дѣянія, признается большинствомъ криминалистовъ безразличнымъ, и *оборона разрѣшается и противъ посягательствъ невмѣняемыхъ, малолѣтнихъ, лицъ, не сознающихъ противоправности, вслѣдствіе ошибки.* Не имѣетъ значенія также наказуемость дѣянія: обороняться можно и противъ посягательства вообще непреступнаго, или же такого, наказуемость котораго отпадаетъ вслѣдствіе личнаго исключающаго ее обстоятельства, напр. противъ насилія, исходящаго отъ лица, пользующагося экстерриторіальностью.

а. Нѣкоторые криминалисты [25]) требуютъ однако, чтобы

вленіемъ объ оборонѣ уголовнаго кодекса (§ 53), и многіе относятъ поврежденіе опасной вещи къ необходимости, такъ Finger, 388, пр. 489; Frank, 123. См. еще Oetker, Notwehr und Notstand nach BGB. и въ V, D. II, 261, слѣд.

22) Ср. Bar, III, 146, пр. 242.

23) Bar на почвѣ этого взгляда вводитъ различныя ограниченія и запутывается въ казуистикѣ (§ 69, см. еще 440, внизу)

24) Frank, 124; Allfeld, 183, Oetker, V D. 264; Таганцевъ, 525. Такъ громадное большинство въ нѣсколько иной (чѣмъ текстъ и предыд. примѣч.) формулировкѣ.

25) Такъ однимъ изъ первыхъ Halschner, I, § 193; Geyer, op. c. 25; Janka, 35 слѣд.; у него указанія и на друг. сторонниковъ этого

нападеніе было виновнымъ, *сознательно противоправнымъ* или даже злостнымъ, злонамѣреннымъ.[26]) Это требованіе выдвигается отчасти подъ вліяніемъ взгляда, отрицающаго вообще возможность объективной противоправности, отчасти и даже главнымъ образомъ, вслѣдствіе желанія объяснить болѣе широкія полномочія защиты блага при оборонѣ, чѣмъ при крайней необходимости, и ограничить эти полномочія при отраженіи нападеній невмѣняемыхъ, дѣтей и т. д.

Что касается перваго соображенія, то оно неубѣдительно: хотя право адресуетъ свои нормы только къ лицамъ, способнымъ ихъ понять и имъ слѣдовать, однако оно можетъ предоставить защиту не только противъ правонарушеній, но и противъ всякихъ дѣйствій, направленныхъ на правовое благо, кромѣ тѣхъ, которыя прямо вытекаютъ изъ правовыхъ нормъ. За исключеніемъ этихъ дѣйствій (напр., лишенія свободы по приговору суда), всѣ остальныя, какъ не отвѣчающія праву, можно назвать противоправными. Законодатель можетъ оцѣнивать ихъ съ точки зрѣнія подвергшагося нападенію, а не нападающаго [27])

Гораздо важнѣе второе соображеніе: современныя законодательства и наука допускаютъ спасеніе правового блага посредствомъ преступнаго дѣянія при крайней необходимости лишь при наличности нѣкоторыхъ условій, которыми оборона не ограничивается такъ, требуется, чтобы преступное дѣяніе было единственнымъ средствомъ сохраненія блага (начало субсидіарности), чтобы приносимое въ жертву благо было менѣе цѣнно, чѣмъ спасаемое (начало пропорціональности); оборона не знаетъ этихъ ограниченій: разрѣшается причинить вредъ нападающему и при защитѣ ничтожнаго блага, и тогда, когда была возможность избѣгнуть опасности другимъ образомъ: бѣгствомъ, хитростью и т. п. Эти полномочія обороняющагося и стараются иногда объяснить тѣмъ, что вина въ происшедшемъ падаетъ на посягнувшаго на чужое благо, что, хотя оборона не наказаніе,

---

взгляда. Такъ и Сергѣевскій, 263; Garçon, art 328, № 90; Manzini, 241, 243, Alimena, Princip I, 562.

26) Такъ особенно Feuneck, l, c.

27) „Противоправность означаетъ только *направленіе* нападенія", Binding. Handb., 738. См. также Bar, III, 152, 153.

но содержитъ элементъ возмездія, отплаты нападающему, такъ какъ злонамѣренное нападеніе вызываетъ чувство обиды, раздраженія; оборона не только защита права, но и защита его противъ неправды. Именно поэтому, если нападеніе не злонамѣренное или, по мнѣнію другихъ, не субъективно-противоправное, то отраженіе его не должно быть подводимо подъ необходимую оборону, а должно оправдываться на тѣхъ же основаніяхъ и съ тѣми же ограниченіями, какъ причиненіе вреда при крайней необходимости: если можно предотвратить опасность отъ нападенія ребенка или сумасшедшаго бѣствомъ, нужно прибѣгнуть къ этому средству, а не ранить или убивать напавшаго, если угрожаетъ маловажный вредъ отъ нападенія, слѣдуетъ его перенесть скорѣе, чѣмъ причинять важный вредъ нападающему изъ лицъ указанной категоріи.

Въ этихъ практическихъ выводахъ заключается извѣстное преимущество излагаемаго мнѣнія. Но съ одной стороны, ограниченіе защиты можетъ быть достигнуто спеціальными постановленіями и при отнесеніи этихъ случаевъ къ оборонѣ; [28]) съ другой стороны, бо́льшая энергія защиты при оборонѣ вообще сравнительно съ крайней необходимостью не должна непремѣнно вытекать изъ злонамѣренности нападенія и достаточное объясненіе находитъ въ томъ, что *при оборонѣ вредъ причиняется нападающему, дѣяніе направлено противъ источника опасности, при крайней необходимости оно направлено противъ третьяго лица, пожертвованіе интересами котораго право имѣетъ основаніе поставить въ болѣе тѣсныя рамки.* Отнесеніе защиты противъ нападенія невмѣняемыхъ и т. п. къ оборонѣ соотвѣтствуетъ и житейскому пониманію ея. Правда, институтъ обороны тогда какъ-бы теряетъ единство, и смягченная оборона про-

---

28) Такъ уже Buri, G. S. 1878 г., 470; далѣе Oetker, V. D. 261, Таганцевъ, 541, Bar, l. c.; Moriaud, 301, и особенно Löffler, Z., 21 т., 537, слѣд., особ. § 2, именно для ограниченной обороны онъ сохраняетъ терминъ Notwehr, для болѣе интенсивной—противъ злостныхъ нападеній—предлагаетъ названіе Trutzwehr. Къ выводамъ Löffler'a присоединяется Dohna, 131. Въ отношеніи предѣловъ ограниченій существуетъ разногласіе: Таганцевъ, Dohna, Moriaud за принципъ пропорціональности, Oetker за субсидіарность (266), такъ и Пусторослевъ, 276.

тивъ невмѣняемыхъ сближается по своимъ условіямъ съ крайней необходимостью, но такая постановка защиты гораздо доступнѣе правосознанію населенія, чѣмъ объединеніе подъ названіемъ необходимости случаевъ, въ которыхъ дѣйствіе направлено на нападающаго и въ которыхъ—на третье лицо. Именно *это направленіе дѣйствія угрожаемаго лица должно быть принято въ качествѣ критерія для разграниченія обороны и необходимости.* На почвѣ тѣхъ законодательствъ, которыя, какъ наше Улож. о нак., извиняютъ крайней необходимостью спасеніе только своей жизни или, какъ германское право, жизни и тѣлесной цѣлости, отнесеніе къ необходимости защиты противъ невмѣняемыхъ слишкомъ ограничило бы ее: посторонній свидѣтель нападенія сумасшедшаго не въ правѣ былъ бы защищать лицо, подвергшееся нападенію или оказать ему поддержку; женщина не въ правѣ была бы обороняться противъ такого же нападенія на ея цѣломудріе. [29])

Меньшее значеніе имѣетъ другое возраженіе [30])—о затруднительности для лица, подвергшагося нападенію, опредѣлить возрастъ или вмѣняемость нападающаго, или же злонамѣренность его посягательства; конечно нельзя требовать, чтобы въ моментъ опасности лицо занималось разслѣдованіемъ такихъ вопросовъ, но сторонники признака субъективной опасности этого и не имѣютъ въ виду· въ случаѣ ошибки, если, напримѣръ, подвергшійся нападенію принялъ нападавшаго за взрослаго или не зналъ о его невмѣняемости, примѣняется общее положеніе объ ошибкѣ· дѣяніе разсматривается, какъ предпринятое при оборонѣ противъ вмѣняемаго. Различіе точекъ зрѣнія сказывается въ случаяхъ, когда защищавшійся зналъ о возрастѣ, о ненормальности; возможность такихъ случаевъ нельзя отрицать. Такъ же должна обсуждаться ошибка обороняющагося при выдѣленіи изъ обыкновенной обороны—обороны смягченной, или ограниченной.

Изъ изложеннаго вытекаетъ, что оборона допустима и противъ нападеній животнаго. если оно чужое, то причиненіе ему вреда не составляетъ наказуемаго умышленнаго поврежденія чужого имущества и не влечетъ обязанности возмѣстить вредъ. Иного мнѣнія тѣ, кто требуетъ для обо-

---

29) Löffer, 540, указываетъ еще на то, что если бы защита и была извиняема необходимостью, но оставалась противоправной, нужно было бы возмѣщать напавшему убытки, вызванные этой защитой.

30) Binding, 739.

роны виновнаго нападенія;[31]) защита противъ животнаго разсматривается тогда, какъ случай крайней необходимости, и соотвѣтственно ограничивается[32]).

Иногда только эти случаи относятъ къ необходимости, а защиту противъ невмѣняемыхъ къ оборонѣ[33]), на томъ основаніи, что право регулируетъ отношенія только между людьми, но не между человѣкомъ и животнымъ[34]). Въ дѣйствительности однако и при нападеніи послѣдняго вопросъ возникаетъ объ опредѣленіи отношенія между лицомъ, причинившимъ животному вредъ, и его хозяиномъ. Практическій выводъ изъ этого взгляда получается совершенно непріемлемый: животное оказывается въ лучшемъ положеніи, чѣмъ невмѣняемый или ребенокъ, ибо отраженіе перваго должно умѣряться принципами субсидіарности и пропорціональности. Но нельзя согласиться съ примѣненіемъ этихъ принциповъ и при первомъ, болѣе распространенномъ мнѣніи, относящемъ къ необходимости защиту противъ всякаго лишь объективно противоправнаго нападенія, будетъ ли то невмѣняемый или животное. если смягченіе обороны противъ перваго дѣйствительно желательно, то защита противъ животныхъ должна быть допущена на общихъ основаніяхъ, принятыхъ для обороны: едва ли можно требовать, чтобы люди жертвовали своимъ обѣдомъ или своимъ платьемъ, на которые накинулся дорогой ньюфаундлендъ, только потому, что причиненіе ему увѣчья или умерщвленіе его было бы спасеніемъ менѣе цѣннаго блага за счетъ болѣе цѣннаго[35]) Нѣтъ основанія и для возмѣщенія вреда хозяину собаки, такъ какъ онъ самъ виновенъ

---

31) См. выше, прим 25

32) Такъ Сергѣевскій, 268, и на почвѣ герман гражд улож. райхсгерихтъ; см. по этому поводу и contra Frank, Reform, I, 260, 261; Oetker, V. D II, 263–266, единственно практически важное постановленіе § 228 упомянут. улож. онъ усматриваетъ въ томъ, что кто самъ вызвалъ нападеніе животнаго, обязанъ возмѣстить хозяину послѣдняго убытки, несмотря на оборону.

33) Такъ, напр., Florian, 416.

34) Такъ Н. С. Таганцевъ, № 126, полагающій, что при нападеніи животнаго по собственной иниціативѣ защита не имѣетъ юридическаго значенія, иначе (необход. оборона), если оно натравлено другимъ лицомъ. Въ послѣднемъ случаѣ оборона и по Liszt'у, если же самостоятельное нападеніе, то необходимость,—de lege lata (Lehrb., 149); согласно Stooss'у, защита противъ животнаго не оборона и не необходимость, а Abwehr (§ 44). Противъ различія случаевъ натравливанія и самостоят. нападенія Познышевъ, 159; Піонтковскій, 165, пр. 1.

35) Garçon, art. 328, № 106, склоняясь къ признанію необходимости полагаетъ, что убійство животнаго допустимо и при защитѣ самаго незначительнаго блага: это не нарушаетъ принципа пропорціональности, француз практ. относитъ эти случаи къ оборонѣ (Garçon, № 105).

въ недосмотрѣ за нею. Конечно, если можно собаку прогнать, не убивая и не искалѣчивъ, то такія дѣйствія не оправдываются обороной, но это положеніе о соразмѣрности энергіи защиты съ энергіей нападенія принято и при другихъ случаяхъ обороны.

На почвѣ законодательствъ, допускающихъ ссылку на необходимость только при опасности для наиболѣе важныхъ благъ или только *своихъ* благъ, отнесеніе нападенія животныхъ къ необходимости приводило бы во многихъ случаяхъ къ отрицанію права человѣка вообще прибѣгать къ защитѣ противъ животнаго запрещалось бы, напримѣръ, убить собаку, бросившуюся на чужого ребенка [36])

b. Противоправнымъ нападеніемъ можетъ быть и незаконное дѣйствіе органа государства, направленное на какое-либо правовое благо.

Уже римское право [37]), а также итальянскіе криминалисты переходной эпохи, позже Бемеръ и другіе нѣмецкіе и французскіе юристы (Jousse) признавали допустимой оборону противъ такихъ дѣйствій; только въ первой половинѣ XIX в. противоположное мнѣніе стараются обосновать Геннеръ и особенно Ягеманъ [38]) въ оборонѣ противъ дѣйствій должностныхъ лицъ, хотя бы эти дѣйствія были незаконны, они усматриваютъ колебаніе основъ власти и полагаютъ, что логическимъ слѣдствіемъ дозволенія такой обороны является признаніе права на активное сопротивленіе даже верховной власти, провозглашеніе правомѣрности революціи, защитѣ гражданъ должны служить не оборона, а право обжалованія и отвѣтственность должностныхъ лицъ за незаконныя дѣйствія. Это мнѣніе вызвало рядъ возраженій и въ современной [39]) Ягеману, и въ позднѣйшей литературѣ [40]).

---

36) См. Binding, Handb. I, 736; Oetker, Frank, l. c.

37) См историческія данныя у Куплевасскаго, Юр. В., 1886 г., сент. стр. 41, слѣд.; Levita, 192—201; Kallina, op. c., 5, слѣд.; Bar'a §§ 75, 76; Garraud, I, № 302.

38) См. N Arch. d. Crim.rechts, 1842 г, 599, слѣд.

39) См. напр., Köstlin, N. Revis., 724, 725; далѣе Arnold и Zachariae въ ихъ статьяхъ въ Neues Arch. d. Criminalrechts, 1843, стр. 396. 355—376.

40) См. Kallina, Куплевасскій l. c., Фельдштейнъ, Ж. М. Ю 1899 г., № 5. 76, слѣд.; тамъ же и указанія на нѣкоторыя промежуточныя точки зрѣнія старавшіяся намѣтить условія, при которыхъ оборона допустима; особенной популярностью пользовался взглядъ о дозволенности обороны только противъ *явно* незаконныхъ дѣйствій органовъ власти. Такъ уже Leyser, Barbeyrac (XVIII в см у Куплевасскаго, 51); въ XIX в, Людень, у насъ Баршевъ (Фельдштейнъ, 80), изъ новѣйшихъ Кистяковскій, 379, Prins, 194 Явную *опасность* нападенія начальника ставитъ условіемъ обороны подчиненнаго Воинск. Уст., ст. 71. См. по этому поводу Таганцевъ, 531.

Справедливо указывалось на то, что рѣчь идетъ объ оборонѣ противъ дѣйствій только подчиненныхъ, подзаконныхъ органовъ власти; что запретъ обороны, когда эти дѣйствія противоправны, не соотвѣтствуетъ положенію гражданина въ правовомъ государствѣ и достоинству государственной власти, которая не можетъ быть солидарна съ своими агентами, злоупотребляющими своими полномочіями или не знающими своихъ обязанностей; что обжалованіе часто не въ состояніи будетъ своевременно помѣшать причиненію вреда незаконнымъ дѣйствіемъ или возмѣстить нанесенный имъ вредъ, а уголовное преслѣдованіе органа власти встрѣчаетъ иногда фактическія, иногда и юридическія препятствія, именно въ особыхъ условіяхъ, устанавливаемыхъ для него процессуальными нормами; къ тому же уголовная отвѣтственность предполагаетъ вину должностного лица, т. е. нарушеніе имъ закона умышленно или по неизвинительной ошибкѣ, между тѣмъ и объективно неправомѣрное дѣйствіе должностного лица можетъ причинять вредъ гражданамъ, и въ этомъ случаѣ они не могли бы найти даже того слабаго утѣшенія, которое имъ предлагается въ формѣ наказанія виновнаго органа власти.

Незаконное дѣйствіе не становится законнымъ отъ того, что предпринимается должностнымъ лицомъ, или отъ того, что послѣднее ошибочно считаетъ это дѣйствіе законнымъ. Допущеніе обороны противъ незаконныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ нисколько ни колеблетъ авторитета власти, такъ какъ свидѣтельствуетъ, что она не становится на сторону недостойныхъ своихъ агентовъ; оборона и въ этомъ случаѣ служитъ къ поддержанію правопорядка и къ предупрежденію его нарушеній со стороны тѣхъ, кто призванъ его охранять, и способствуетъ правильному функціонированью государственнаго механизма. Въ настоящее время это положеніе сдѣлалось общимъ достояніемъ науки, [41]) и,

---

41) Что касается *законодательствъ*, то по постановленіямъ многихъ угол. кодексовъ, сопротивленіе наказуемо только тогда, когда оно оказывается *законнымъ* дѣйствіямъ должностныхъ лицъ. Такъ опредѣленно § 113 германскаго улож и ст. 192 итальянск., см. также 270 ст. Улож. о нак., такъ и объясненія къ проекту Уг. Ул., I, 369. Постановленія различныхъ законодательствъ о сопротивленіи власти см. у M. Mayer'a, V. D B Th., I, 490, слѣд., и у Streit'a, Die Wiedersetzung gegen die Staatsgewalt (1892), 34, слѣд Спорнымъ является вопросъ во Франціи, въ виду того, что ст. 209 Code pénal не упоминаетъ о законности дѣйствій исполнительныхъ органовъ, сопротивленіе которымъ квалифицируется, какъ rébellion; кассаціонный судъ склоняется къ запрещенію обороны и противъ незаконныхъ дѣйствій, см. Garçon, art. 209, № 117, слѣд.; Garraud, I, 583, слѣд. находитъ, что этотъ прин-

если что вызываетъ нѣкоторыя сомнѣнія, то только вопросъ, какія дѣйствія относить къ категоріи незаконныхъ?

Единогласно *признаются незаконными дѣйствія, выходящія за предѣлы компетентности* предпринимающаго ихъ должностного лица, *или нарушающія установленныя закономъ формальности*, напр. требованіе о письменной формѣ приказа объ арестѣ или о присутствіи понятыхъ при обыскѣ. [42]) Несоблюденіе формальностей, предписанныхъ не закономъ, а циркуляромъ, инструкціей не сообщаетъ дѣйствію характера незаконности, напр. неисполненіе инструкціи о ношеніи мундира [43]).

Субъективное отношеніе должностного лица къ предпринимаемому дѣйствію *не имѣетъ значенія*: [44]) если незаконное

ципъ не принятъ кассац. судомъ въ такой абсолютной формѣ, онъ допускаетъ оборону въ извѣстныхъ предѣлахъ, недостаточно точно намѣчаемыхъ: критеріемъ служитъ или важность нарушенія закона органомъ государства (такъ Blanche), или же невозможность возмѣстить вредъ (Hélie). Другое ограниченіе предлагаетъ Garçon, art 328, № 74, слѣд., впрочемъ, не только для обороны противъ должностныхъ лицъ, но и для обороны вообще, именно принципъ пропорціональности (№ 12); см. здѣсь выше, стр. 467 и ниже, подъ ц 5. Неопредѣленно устанавливаетъ границу дозволенной обороны противъ органовъ власти Garraud, I, 582.

42) Это положеніе признаютъ уже Arnold, l. c. (требуя, впрочемъ, чтобы вредъ, угрожающій отъ должностного дѣйствія былъ невознаградимый), Кистяковскій, 379; Таганцевъ, 529, 530, Бѣлогр.-Котляревскій, 237; Frank, къ § 113, III; Binding, Lehrb Bes. Th. (1905), II, 767. Одинаковое значеніе имѣетъ компетентность мѣстная и предметная, и, по выраженію Биндинга (l. c), по времени (напр, дѣйствіе не должно предприниматься ночью). Излишнимъ представляется упоминаніе о такихъ дѣйствіяхъ, какъ похищеніе денегъ при арестѣ (Таганцевъ) или объ attentat à la pudeur при обыскѣ женщины въ таможнѣ (Garçon, 328 art, № 75), т. е. о преступленіяхъ, совершаемыхъ по случаю должностного дѣйствія (Бѣлогр.-Котляр., Zachariae, l. c.) такъ какъ дѣйствія, не принадлежащія къ кругу чьей-бы то ни было компетенціи, очевидно, не относятся къ должностнымъ и не возбуждаютъ сомнѣнія относительно допустимости обороны.

43) Binding, Handb, I, 742; Frank, l. c.; contra, въ виду трудности рѣшенія вопроса, какой нормой это установлено,—Levita, 199; ср. еще Куплевасскій, 59, 60, и Таганцевъ, I, 530 (обращаетъ вниманіе на то, что иногда при отсутствіи мундира неизвѣстно, что лицо должностное).

44) M Mayer, V. D. B Th, I, 446, Binding, Lehrb II, 769, ср. Bar, III, 167, 168. Contra Manzini, II, № 408—I (при извинительной профессіональной ошибкѣ); Куплеваскій, 55.

дѣйствіе совершено вслѣдствіе ошибки и даже извинительной ошибки это обстоятельство вліяетъ только на рѣшеніе объ отвѣтственности должностного лица за нарушеніе служебной обязанности, но не превращаетъ дѣйствіе въ законное, и оборона допустима, такъ какъ частное лицо не должно страдать и отъ ошибокъ или неспособности должностного и такъ какъ противоположный принципъ или сдѣлалъ бы право обороны призрачнымъ, предполагая рѣдко осуществимое на практикѣ опредѣленіе частнымъ лицомъ мыслей и мнѣній органа власти, или же самъ утратилъ бы все значеніе, если бы, при ошибкѣ частнаго лица въ этомъ отношеніи, противодѣйствіе все равно покрывалось бы обороной: представляло бы случай мнимой обороны, когда дѣйствіе органа власти должно разсматриваться такъ, какъ оно представлялось лицу, на которое оно направлено если бы оно полагало, что органъ не ошибается, то разрѣшалась бы оборона, хотя бы въ дѣйствительности онъ и впалъ въ ошибку. Такимъ образомъ, создавалось бы только излишнее затрудненіе для суда при оцѣнкѣ ошибки частнаго лица объ ошибочности или намѣренности дѣйствій должностного.

Что касается дѣйствій, не соотвѣтствующихъ закону по существу, *матеріально противоправныхъ*, то должны быть выдѣлены въ особую группу *судебные рѣшенія* и приговоры, а также опредѣленія административныхъ учрежденій, поскольку имъ принадлежитъ юрисдикція. (напр. по вопросу о налогахъ) Установленное такими рѣшеніями или опредѣленіями положеніе признается правымъ, хотя бы оно и основывалось на неправильномъ примѣненіи юридическихъ нормъ [45]). Эти рѣшенія имѣютъ конститутивный, а не декларативный характеръ [46]), создавая новое правоотношеніе, обязательное для сторонъ, и погашая прежнее, лежавшее въ основѣ рѣшеннаго дѣла По вступленіи въ силу, они

---

45) Bar, § 79, Frank, 223, Binding, Lehrb., II, 766, 767, M. Mayer, op. c. 450, 451 Binding выдѣляетъ отсюда абсолютно ничтожныя рѣшенія, а M. Mayer и всякаго рода распоряженія, основанныя на злонамѣренномъ нарушеніи права (Rechtsbeugung), а также „rechtsunbestandige", какъ приказъ объ арестѣ, на основаніи опасенія сокрытія доказательствъ, при нарушеніяхъ, въ технич. значеніи слова.

46) Finger, I, 386.

подлежатъ исполненію и при матеріальной ихъ неправильности и исключаютъ право на противодѣйствіе, которое не составляетъ правомѣрной обороны.

Споръ вызываетъ вопросъ, возможна ли оборона *противъ матеріально противозаконныхъ дѣйствій* должностныхъ лицъ *въ другихъ случаяхъ* напр, противъ полицейскаго органа, задерживающаго лицо, заподозрѣнное въ преступленіи, до прибытія слѣдственной власти, на что этотъ органъ имѣетъ право при наличности условій, которыя указаны въ 257 ст. Уст. Угол. Суд. и опредѣленіе которыхъ предоставлено ему (такъ, рѣшеніе вопроса, есть ли на подозрѣваемомъ явные слѣды преступленія или принадлежатъ ли ему вещи, служащія доказательствомъ преступнаго дѣянія), если въ дѣйствительности этихъ условій нѣтъ, а полицейскій впалъ въ ошибку или даже сознавалъ ихъ отсутствіе и примѣнилъ мѣру подъ предлогомъ ихъ наличности, преслѣдуя свои цѣли. изъ мести, своеволія и т. п. Большинство криминалистовъ разрѣшаетъ оборону и въ такихъ случаяхъ, расходясь въ подробностяхъ; въ общемъ *принятіе мѣры, право на которую предоставлено должностному лицу при наличности подлежащихъ его оцѣнкѣ условій, признается незаконнымъ и дающимъ основаніе для обороны тогда, когда должностное лицо не сдѣлало изъ своего полномочія употребленія. соотвѣтствующаго его обязанности,* умышленно или вслѣдствіе непзвинительной ошибки (culpa) [47]) Вмѣстѣ съ тѣмъ, такъ какъ

---

47) Binding, Lehrb., II, 769, 770, M. Mayer, 452, 453, Frank, § 113; IV, 1. Contra, Bar, III, 170, пр 286, допускающій, что „pflichtmassiges, Ermessen“ можетъ вести къ совершенно абсурднымъ результатамъ. Но тогда усмотрѣніе окажется именно несоотвѣтствующимъ должностной обязанности (Frank, 224). Безъ всякихъ ограниченій допускаетъ оборону противъ матеріально противоправныхъ дѣйствій органовъ власти Levita, 197, 199 Отъ указанныхъ въ текстѣ случаевъ, составляющихъ особую группу, гдѣ соотвѣтствіе служебному долгу означаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и законность дѣйствія, Binding отличаетъ (Lehrb 1 c, Handb, I, 743) такіе, въ которыхъ дѣяніе обусловлено дѣйствительнымъ существованіемъ опредѣленныхъ фактовъ, напр. судебнаго приказа объ арестѣ; bona fides и даже извинительная ошибка должностного лица не исключаютъ здѣсь обороны Frank, 224, требуетъ для законности должностного дѣйствія такъ наз *конкретной компетентности,* т е. наличности правовыхъ предположеній для исполненія этого дѣйствія,

для состава деликта „сопротивленіе правомѣрнымъ дѣйствіямъ должностного лица“ требуется сознаніе сопротивляющагося, что дѣйствіе правомѣрно, ошибка относительно его правомѣрности исключаетъ вмѣненіе акта сопротивленія въ вину; поэтому, если онъ былъ убѣжденъ, что должностное лицо не сдѣлало надлежащаго примѣненія изъ своихъ полномочій, актъ сопротивленія представляетъ собою случай ненаказуемой мнимой обороны [47a]).

Такой выводъ можетъ нерѣдко создавать серьезныя затрудненія для дѣятельности органовъ государства, которые ставятся въ зависимость отъ того, какъ предоставленныя ихъ опредѣленію условія принятія мѣры оцѣниваетъ частное лицо. Нѣкоторые криминалисты признаютъ такое положеніе опаснымъ и находятъ оборону противъ матеріально противоправныхъ дѣйствій недопустимой, хотя бы оцѣнка условій должностнымъ лицомъ была ошибочная и его ошибка была неизвинительная [48]).

Биндингъ смягчаетъ опасность указаннаго вывода, допуская оборону только при *убѣжденіи* лица, подвергшагося насильственному дѣйствію органа власти, въ противоправности этого дѣйствія; если такого убѣжденія не было, сопротивленіе остается преступнымъ дѣяніемъ, совершаемымъ съ эвентуальнымъ умысломъ [49]). По существу близки къ этому коррективу тѣ, кто обусловливаетъ оборону *несомнѣн-*

и ошибка органа государства въ этомъ отношеніи, по Frank'у, никогда не превращаетъ дѣйствія въ правомѣрное, такъ какъ усмотрѣніе предоставлено должностному лицу только при оцѣнкѣ фактической, но не юридической стороны. Такимъ образомъ его *error juris* не устраняетъ обороны, *error facti* устраняетъ Этотъ принципъ Frank распространяетъ однако и на случаи дефектовъ исполненія вообще; см. также Bar, III, 167, 168 и практику райхсгерихта (ibid)

47a) Frank, § 113—VII, Liszt, Lehrb., 571; Binding, Lehrb, II, 779, и др. (см. Frank), contra райхсгерихтъ и отчасти Goldschmidt въ Reform, II, 51—53

48) Такъ Oetker, V. D. II, 267, слѣд Goldschmidt, l. c., допускаетъ смягченіе наказанія и ненаказуемость въ особо легкихъ случаяхъ, по усмотрѣнію суда.

49) Binding, Lehrb. 780, такъ и Streit и Halschner (см. у Binding'a, l c)

ной противоправностью дѣйствія должностного лица [50]), но эта послѣдняя точка зрѣнія выдвигаетъ болѣе уловимый, объективно опредѣляемый признакъ: несомнѣнность противоправности свидѣтельствуетъ о томъ, что и подвергшійся посягательству былъ убѣжденъ въ ней, и вопросъ о наличности убѣжденія разрѣшается самъ собою, при этомъ однако предѣлы обороны намѣчаются уже, такъ какъ подвергшійся посягательству можетъ быть убѣжденъ въ противоправности послѣдняго и тогда, когда другимъ она не представляется несомнѣнной, между тѣмъ это не избавляетъ отъ отвѣтственности.

Оцѣнка правильности опредѣленія должностнымъ лицомъ условій для его дѣйствія должна опираться на тотъ фактическій матеріалъ, который былъ въ моментъ, когда оно предпринималось. Если лицо послѣдующимъ ходомъ событій выяснено, что для принятія мѣры не было основаній, она остается правомѣрной, и сопротивленіе не оправдывается обороной [51]).

Если *незаконное дѣйствіе* предпринимается должностнымъ органомъ *по приказу начальника*, оно не теряетъ незаконнаго характера, и оборона допустима въ указанныхъ выше предѣлахъ; исполненіе приказа можетъ имѣть значеніе только въ вопросѣ объ отвѣтственности исполнителя [52]).

3. *Нападеніе должно быть наличнымъ, т. е. уже начавшимся и еще не оконченнымъ.* Противъ угрожающаго въ бу-

---

50) Такъ Bar, § 78 и указыв. имъ; уже Leyser говорилъ объ оборонѣ въ случаѣ „aperta injustitia“, что Bar понимаетъ какъ *несомнѣнную* матеріальную неправомѣрность, а не какъ явную, въ отличіе отъ скрытой, замаскированной. Объ убѣжденіи сопротивлявшагося въ незаконности дѣйствія, но такомъ убѣжденіи, которое явилось бы у всякаго нормальнаго лица, говоритъ Куплевасскій, 58, какъ объ условіи обороны (другое условіе невознаградимость вреда); при легкомысленномъ заключеніи о незаконности, сопротивленіе онъ признаетъ наказуемымъ См. еще Garçon, 328 art, № 70 (несомнѣнная незаконность въ глазахъ самого должностного лица, что̀ равносильно требованію умысла его для признанія его дѣйствія незаконнымъ).

51) Binding, Lehrb., 769, 770; Liszt, 570.

52) Binding, l. c., 771—73; Mayer, V. D., 447, Oetker, 270; Bar, 173. Frank, 125; 223. Contra Manzini, § 408—I; Liszt, 570; Kallina, 51.

дущемъ нападенія оборона недопустима [53]). Начальный моментъ нападенія совпадаетъ съ моментомъ покушенія на преступное дѣяніе [54]), но этотъ критерій представляется неудобнымъ потому, что оборона дозволяется и противъ непреступнаго нападенія Моментъ возникновенія реальной опасности для блага опредѣлитъ и начальный моментъ обороны [55]). Предѣльный моментъ не всегда совпадетъ съ моментомъ оконченнаго преступленія оборона допустима и позже, пока есть возможность непосредственнаго устраненія опасности для блага [56]); если опасность уже реализовалась или же миновала, то не можетъ быть уже рѣчи объ оборонѣ, а мыслимы только или самостоятельное осуществленіе своего права (дозволенное самоуправство), или же (при благополучномъ прекращеніи опасности) актъ мести [57]). Такимъ образомъ выстрѣлъ въ догонку вору, убѣгающему съ добычей или преслѣдованіе его натравленной на него собакой, въ цѣляхъ задержанія и возвращенія вещи, оправдывается обороной тамъ, гдѣ разрѣшается защита имущества безъ ограниченій (иначе наше Ул. о нак.), хотя кража уже окончена: вещь перешла во владѣніе вора [58]). Но такой выстрѣлъ не составляетъ обороны, если воръ вещь бросилъ.

Если наконецъ воръ успѣлъ скрыться и обнаруженъ съ украденнымъ позже, то собственникъ можетъ задержать вора

---

53) Любопытный случай изъ старой практики приводитъ Garçon, art 328, № 62. бандитъ, котораго А нанялъ для убійства В., выдаетъ это послѣднему и затѣмъ, уже по его порученію, убиваетъ А; В., прибѣгнувъ къ такому способу оградить себя, не можетъ оправдываться обороной.

54) Это зависитъ, впрочемъ, отъ опредѣленія покушенія, признакъ котораго представляется спорнымъ (см. ниже)

55) Подвергшійся нападенію не долженъ дожидаться полученія перваго удара.

56) Такъ Таганцевъ, 533; Oetker, V D II, 274, Піонтковскій, 168, Meyer-Allfeld, 184, и др

57) Ср. Wharton, I, 128, который приводитъ мнѣніе римскихъ юристовъ, что оборона предназначена non ad sumendam vindictam, sed ad propulsandam injuriam

58) Съ моментомъ окончанія кражи связываетъ и конецъ обороны Liszt, 150; ср Познышевъ, § 95 (если вещь вышла изъ владѣнія потерпѣвшаго, то нѣтъ обороны, но есть право задержанія)

и отобрать это имущество, но это уже не оборона [59]); только если бы воръ, сопротивляясь собственнику, при попыткѣ задержанія и отобранія вещи, самъ прибѣгъ къ насилію, послѣднее было бы противоправнымъ нападеніемъ, а не обороной, такъ какъ дѣйствіе собственника опиралось бы на право и на оборону могъ бы снова ссылаться именно послѣдній. если бы причинилъ вредъ сопротивлявшемуся вору.

4. *Защитѣ подлежатъ всѣ правовыя блага, доступныя нападенію, при томъ какъ свои, такъ и чужія* [60]), въ томъ числѣ принадлежащія юридическимъ лицамъ, въ частности государству, какъ правовому субъекту.

Прежняя доктрина XIX в. и старыя законодательства этого періода ограничивали оборону *имущества* на томъ основаніи, что это вознаградимое благо [61]). Но возможность возмѣщенія вреда или возвращенія вещи, съ одной стороны, весьма проблематична, съ другой стороны, не должна служить основаніемъ обязанности владѣльца вещи терпѣть не-

---

59) См. Познышевъ, 1 с., см. рѣш. 1870 г № 520; Manzini, II, № 413; Liszt, 150. Finger, 389, видитъ въ этомъ право нужды.

60) Ограниченія въ англійскомъ правѣ допускается защита жены; дѣтей, родителей, хозяевъ, слугъ (Harris, 150).—Оборона со стороны третьихъ лицъ недопустима противъ воли подвергшагося нападенію (Bar, § 89; Oetker, op c., 290), поскольку его отказъ отъ блага имѣетъ юридическое значеніе; въ противномъ случаѣ оборона допустима, напр., противъ лица, предпринимающаго самоизувѣченье съ цѣлью уклоненія отъ военной службы (Alimena, Princip. 564; Binding, Handb. 737, пр. 22, Manzini, № 409), противъ умерщвленія плода (Binding, Manzini, l c.), *Manzini* признаетъ *оборону и противъ покушающагося на самоубійство*, находя его дѣяніе хотя и непреступнымъ, но противоправнымъ Тотъ же авторъ вообще при оборонѣ со стороны третьихъ лицъ находитъ нужнымъ, чтобы судъ опредѣлялъ, руководилось ли это лицо великодушіемъ, или сводило свои счеты съ нападающимъ, но, при соблюденіи условій обороны, дѣяніе третьяго лица все равно направлено на защиту права.

61) Такъ и нынѣ французскіе криминалисты Garraud, I, 576; Vidal, 202; раньше Ortolan, 421; изъ старыхъ юристовъ Myart, Jousse, см. у Garçon, 328 art., № 42, самъ онъ за оборону имущества даже посредствомъ выстрѣла въ догонку вору, при условіи пропорціональности, т. е, если имущество весьма цѣнное (l. c., №№ 46—50); противъ разграниченія цѣннаго и незначительнаго имущества Wharton, I, § 100, ибо при оборонѣ привилегій пользовались бы только богатые.

законныя посягательства на нее. Нынѣ отъ этого ограниченія отказались и наука, и законодательства въ томъ числѣ Угол. Ул. (ст. 45) Напротивъ, *Ул. о нак. (ст. 101) допускаетъ оборону имущества только при условіи, если посягательство на послѣднее связано съ насиліемъ надъ личностью.* [62]) Вообще *Ул о нак (ст. 101—103) перечисляетъ блага*, оборона которыхъ разрѣшается· это *жизнь, здоровье, свобода, женская честь*, точнѣе—половая неприкосновенность, и *жилище (противъ насильственнаго вторженія)*. Благо можетъ принадлежать и *другому* лицу, не самому подвергшемуся нападенію. *Угол. Ул (ст. 45) разрѣшаетъ оборону всякаго личнаго или имущественнаго блага своего или другого лица* [63]).

Спорно, допустима ли оборона *чести*, именно—противъ словесной обиды; при обидѣ дѣйствіемъ вопросъ можетъ заключаться только въ томъ, до какого момента оборона допустима: если нанесена такая обида и не грозитъ немедленнымъ возобновленіемъ, то нѣтъ основанія для обороны [63a]), въ противномъ случаѣ есть; отплата обидчику пощечиной можетъ вести къ ненаказуемости по другому соображенію· по взаимности обидъ. (ст 138 Уст. о нак.). Что

---

62) „Если нападеніе сдѣлано воромъ или разбойникомъ"; далѣе, „когда застигнутый при похищеніи или поврежденіи имущества преступникъ сплою противился своему задержанію или прекращенію начатаго имъ похищенія или поврежденія". См. также рѣш. 1874 № 72.

63) Объ оборонѣ имущества Итальянское ул. говоритъ въ особенной части (376 ст.), признавая ненаказуемымъ убійство и тѣлесное поврежденіе при необходимости защитить собственное имущество или жилище противъ *насильственнаго* посягательства, оборона, по мнѣнію Manzini, II, 262, недопустима противъ вымогательства, ибо нѣтъ наличнаго нападенія Въ пользу дѣйствующаго порядка Manzini, изъ боязни злоупотребленій обороной Пробѣлъ французскаго и бельгійскаго законодательствъ въ отношеніи обороны имущества чувствуется и въ этихъ странахъ и вызываетъ стремленіе практики внести коррективы отвергаютъ, напр, наличность умысла обороняющагося совершить преступленіе (см у Garçon'a, № 45), или же пытаются оправдать дѣяніе непреодолимымъ принужденіемъ (Vidal, 320) или психическимъ принужденіемъ (Prins, 193 , пр., 1). На практикѣ вопросъ о защитѣ одного имущественнаго блага безъ насилія надъ собственникомъ представится при похищеніи на разстояніи, и оборона выразится въ выстрѣлѣ

63 a) Contra Garraud, I, 575, на томъ основаніи, что вредъ возстановимъ.

касается *словесной обиды* [64]), то опять таки объ оборонѣ можетъ идти рѣчь, если обида проявляется въ нѣсколькихъ оскорбительныхъ словахъ или потокѣ бранныхъ выраженій, иначе оборона окажется запоздалой; но и при своевременности ея, ее слѣдовало бы ограничить принципомъ пропорціональности можно оправдать оскорбляемаго, схватившаго обидчика за горло, или зажавшаго ему роть рукою, или прервавшаго его ударомъ хлыста или кулака, но причиненіе вреда болѣе значительнаго должно быть наказуемо [65])

Въ послѣднее время высказывается мнѣніе о допустимости обороны и такихъ благъ, которыя не имѣютъ опредѣленнаго субъекта, какъ *религіозное, нравственное* [66]), *эстетическое чувство*, и даже интереса государства въ томъ, чтобы не совершались преступленія [67]) Невозможность обороны вытекаетъ однако уже изъ того, что такія блага и такіе интересы, не воплощенные въ матеріальныхъ предметахъ, не могутъ быть объектами нападенія Если принять указанное мнѣніе, пришлось бы оправдывать обороной и такія дѣйствія, какъ насильственное прекращеніе какого-либо зрѣлища, въ которомъ то или другое лицо усмотритъ оскорбленіе упомянутыхъ чувствъ, или уничтоженіе выставленныхъ художникомъ картинъ, не угодившихъ нравствен-

---

64) Въ пользу обороны чести и при отсутствіи физическаго насилія большинство: см. напр , Таганцевъ, 537; Сергѣевскій, 237; Binding. Handbuch, 747, Bar, § 85; Meyer-Allfeld, 183; Alimena, 551. Florian, 418, Противъ—Garraud, l c., Garçon, 328 art, № 55; Vidal, 320; Manzini, § 418, Wharton, I, § 101, § 501, Majno, Commento, 140

65) Bar, l. c, допускаетъ уничтоженіе готовыхъ къ выпуску въ свѣтъ оскорбительныхъ произведеній

66) Neumond въ GS., 56 т., 46—54, Finger, I, 385, Frank, Коммент., 123 Allfeld, 183 Противъ обороны интересовъ коллективныхъ Manzini, II, 239, но онъ находитъ возможной оборону плода противъ попытки умерщвленія его матерью, трупа—противъ надругательства; Florian—оборону свободы труда, корреспонденціи (417), Binding, Handb., 737, пр. 22 и Bar, III, 195,—оборону государства противъ лица, пытающагося выдать государственную тайну враждебной державѣ

67) За это Сергѣевскій, 235, и особ. *Alberti* Eigenmächtige Unrechtshemmung (1904), 25, слѣд., частное лицо, по мнѣнію Alberti, можетъ выступать въ роли представителя государства, осуществляющаго защиту права. Противъ такой мысли уже Binding, op. c, 737; Wharton, § 427.

нымъ или эстетическимъ требованіямъ посѣтителя, или рояля сосѣдки, терзающей слухъ своимъ исполненіемъ; далѣе— оправдать вмѣшательство частныхъ лицъ въ раскрытіе и преслѣдованіе преступныхъ дѣяній. Такой порядокъ представлялъ бы узаконеніе самоуправства въ самыхъ широкихъ размѣрахъ Функціи, которыя желаютъ навязать институту обороны, ему чужды, и всюду принадлежатъ различнымъ органамъ государства, чѣмъ обезпечивается гораздо лучше и принятіе предупредительныхъ мѣръ, и объективность оцѣнки ихъ необходимости [68])

5 *Энергія защиты должна соразмѣряться съ энергіей нападенія*[69]) если можно отразить послѣднее причиненіемъ меньшаго вреда нападающему, напр. можно выбить изъ его рукъ оружіе, отбиться ударомъ палки или кулака, или связать его, то нанесеніе болѣе тяжкихъ поврежденій или примѣненіе огнестрѣльнаго оружія не оправдывается обороной и составляетъ эксцессъ ея. Конечно, при рѣшеніи вопроса о соразмѣрности защиты (moderamen inculpatae tutelae), необходимо обратить вниманіе на душевное состояніе обороняющагося[70]), который не можетъ съ точностью опредѣлить степень интенсивности нападенія, а также на соотношеніе силъ его и нападавшаго.

Пропорціональности благъ, защищаемаго и повреждаемаго оборонительнымъ дѣйствіемъ, *современное право не требуетъ:* и ничтожное благо можетъ быть обороняемо самыми крайними средствами, если менѣе энергичныя средства недостаточны. защищая кошелекъ, въ которомъ всего нѣсколько

---

68) См возраженія противъ этого диллентантизма въ области полиціи, угрожающаго войной всѣхъ противъ всѣхъ, у Oetker'a, V. D. II, 298; Bar'a, § 90.

69) Такъ общепринятое мнѣніе См. напр. Таганцевъ, I, № 129 Stephen, Dig., art 221; Garraud, I, 589; Manzini II, 259, Frank, 126, Halschner, I, § 192.

70) Это признаютъ и сторонники объективнаго опредѣленія требовавшейся мѣры защиты—Allfeld, 185; Frank, 126; Oetker, 280, сходно Manzini, II, 259, Binding, Handbuch, I, 751, и Wharton, I, § 488, оцѣниваютъ опасность такъ, какъ она представлялась въ моментъ нападенія среднему разсудительному человѣку; оцѣнка положенія, какъ оно казалось оборонявшемуся, требуется Finger'омъ, 392 (субъективный маштабъ).

копеекъ, можно причинить рану или смерть нападающему, если нельзя отбиться кулакомъ или палкой.

Въ послѣднее время *неограниченность защиты* въ случаяхъ опасности для ничтожныхъ благъ *вызываетъ въ наукѣ возраженія:* указываютъ на жестокость такого права обороны и вспоминаютъ уже давно высказанное Гейеромъ мнѣніе, что оборона ничтожнаго блага, напр. нѣсколькихъ плодовъ, которые срываетъ мальчикъ въ чужомъ саду, можетъ доходить до лишенія жизни и что право проводитъ „мораль убійцъ". Поэтому многіе криминалисты высказываются за принципъ пропорціональности и при оборонѣ и при томъ и въ случаѣ посягательства вмѣняемыхъ на менѣе важныя блага [71]), или же, когда нападеніе имѣетъ характеръ скорѣе озорства [72]). Нельзя не согласиться, что примѣненіе крайнихъ средствъ для защиты чести или ничтожнаго имущественнаго блага [73]) слѣдуетъ признать наказуемымъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ оно и нынѣ окажется эксцессомъ обороны, такъ какъ отраженіе нападеній такого рода обыкновенно не

---

71) Такъ Dohna, Rechtswidr, 131, 132; Oetker, op. c, 261, 283—285; Bar, III, 191; Frank, Reform, I, 259, слѣд. Lammasch, GS. 44 т., 191; Garçon, art 328, №№ 10, 12, 13, Liepmann, 184 (онъ и Garçon за пропорціональность при оборонѣ и въ другихъ случаяхъ) Geyer, Grundriss, I, 81, 82, и еще раньше Ortolan, I, № 425 и Chauveau et Hélie, IV, 1484; Buri, Causalität (1873), 93

72) Такъ особенно Эткеръ, далѣе Франкъ, l. c, Пионтковскій, 171, 172. Эткеръ (294—296) имѣетъ въ виду отраженіе такихъ дѣйствій, какъ бросаніе цвѣтовъ во время карнавала, снѣжковъ, какъ давка при желаніи занять мѣсто въ поѣздѣ. Такое отраженіе Эткеръ называетъ *„Unfugabwehr"* Неосуществимымъ признаетъ отграниченіе этого понятія отъ обороны Liszt, 151. Смягченіе обороны Эткеръ находитъ нужнымъ и при посягательствахъ, совершаемыхъ, завѣдома для обороняющагося bona fide (283—285), при злонамѣренномъ нападеніи онъ за всю энергію, обороны; такъ и Hold v. Ferneck, 142, 137 (оборона болѣе, чѣмъ защита она содержитъ элементъ возмездія); Loffler, l. c.

73) Въ этомъ смыслѣ Cour de Cassation во Франціи (Garçon, №№ 30, 29, 38, 39, гдѣ Гарсонъ относитъ къ такимъ благамъ и стыдливость—pudeur), Garraud, I, 577; Vidal, 323; при имущественныхъ благахъ за пропорціональность Bar, l. c, при условіи, если потерпѣвшій безъ труда могъ безъ этого блага обойтись и если оно не имѣло для него моральной цѣнности.

требуетъ особой энергіи защиты [74]). Въ виду возможности и другихъ случаевъ, было бы небезполезно опредѣлить въ законѣ, что причиненіе при оборонѣ вреда, находящагося внѣ всякой соразмѣрности съ защищаемымъ благомъ, наказуемо [75]).

Изъ дѣйствующихъ законодательствъ *Норвежское* (§ 48, ч 2) требуетъ опредѣленія мѣры защиты по соображеніи со значеніемъ защищаемаго блага, опасностью нападенія и виною нападающаго. Швейцарскій проектъ (§ 26) говоритъ объ отраженіи способомъ, соотвѣтствующимъ обстоятельствамъ. Согласно § 11 австр. правит. проекта, мѣра защиты опредѣляется опасностью нападенія, родомъ угрожающаго вреда и поведеніемъ нападающаго. Послѣднее указаніе имѣетъ въ виду особое упорство нападающаго. Запрещеніе прибѣгать къ убійству для защиты владѣнія недвижимостью при легкихъ нарушеніяхъ его существуетъ въ англо-американскомъ правѣ [76]).

III. Другія условія обороны, которыми она ограничивалась [77]) въ эпоху полицейскаго государства, относившагося къ оборонѣ подозрительно, видѣвшаго въ ней вторженіе въ сферу дѣятельности государственныхъ органовъ, призванныхъ защищать гражданъ [78]), нынѣ не приняты, ни наукой, ни законодательствами. Такъ, въ указанную эпоху оборона разрѣшалась только тогда, когда отъ нападающаго нельзя было спастись *бѣгствомъ* [79]) (для благородныхъ допускалось

---

74) Ср. Таганцевъ, 541, пр. 2, на этомъ основаніи онъ противъ особыхъ постановленій

75) Ср. Moriaud, 301, 302; Познышевъ, § 97, разрѣшающій при оборонѣ причиненіе смерти или разстройства здоровья, если обороняющійся имѣлъ достаточное основаніе считать угрожающій вредъ серіознымъ Излишнимъ особое постановленіе находитъ Bar, III, 194; а Binding, Grundr., 189, полагаетъ, что смягченіе обороны должно быть вносимо нравами

76) См Wharton, I, § 467, по поводу trespasser.

77) Историческія данныя см. у Levita, op. c.; для русскаго права у Таганцева, I, № 125, и Фельдштейна, ук ст.; тамъ и литер указанія. Ограниченіе обороны у насъ въ Воинск. артик., тогда какъ Соборн. Улож широко допускаетъ оборону.

78) Bar, III, § 60.

79) Такъ Carolina, а также Carpzow, Matthaus, Myart de Vouglans

исключеніе), или нельзя было прибѣгнуть къ *помощи полиціи*, или когда нападеніе было *непредвидѣннымъ* [80]), или же угрожаемое благо было *невознаградимымъ;* требовалось также *немедленное доведеніе до свѣдѣнья власти* [81]) о случаѣ причиненія вреда при оборонѣ. Это послѣднее требованіе, а также условіе—невозможность прибѣгнуть къ помощи ближайшаго начальства сохранились и въ Ул. о нак. (ст. 101), хотя въ этой части ст. 101 лишена практическаго значенія: неисполненіе перваго требованія не лишаетъ судъ права признать наличность обороны, въ виду принципа свободной оцѣнки доказательствъ, введеннаго Судебными Уставами; что же касается помощи ближайшаго начальства [82]), то лишь тогда, когда она уже предупреждаетъ посягательство, когда благо вслѣдствіе этого внѣ опасности. она можетъ быть дѣйствительной помощью, и оборона неумѣстна, но, пока, напримѣръ, городовой спѣшитъ на мой призывъ, я все-таки въ правѣ защищаться противъ нападающаго.

IV. *Оборона, выходящая за предѣлы необходимаго, т. е. болѣе энергичная, или несвоевременная, составляетъ превышеніе* (*эксцессъ*) *обороны:* излишне причиненный вредъ разсматривается, какъ соотвѣтствующее преступное дѣяніе, напр. убійство, нанесеніе ранъ, но дѣяніе наказывается значительно мягче, чѣмъ при его учиненіи внѣ связи съ обороной.

Такъ, по *Ул. о нак* (ст. 1467, 1493) превышеніе (эксцессъ) обороны, выразившееся въ причиненіи смерти, влечетъ выговоръ, арестъ до семи дней, или тюрьму отъ 4 до 8 мѣс., въ при-

---

Contra Clarus. См. Bar, 199; Garçon, art. 328, № 21. Нынѣ это условіе поддерживается при нападеніи невмѣняемыхъ (Binding, Handb, 749, Bar, III, 199; Frank, Reform. I, 262), или также при насиліи со стороны родителей (Oetker, op. c., 266, 267, 282, 283; Garçon, l. c.; Manzini, II, 254, Contra Majno, Commento al Codice penale d'Ital. (1911), 143. Въ пользу *субсидіарности* обороны вообще Ortolan, I, № 424, и (менѣе опредѣленно) Бѣлогриць-Котляревскій, 236, 237, ср. еще Кони въ Моск. Унив. Изв. 1866 г., 219.

80) См. у Wharton'a, § 97a

81) Этому обстоятельству Manzini, II, 275, придаетъ значеніе процессуальное: если было заявлено о случаѣ, то, при возникшемъ обвиненіи въ убійствѣ, не слѣдуетъ примѣнять предварительное заключеніе.

82) Таганцевъ, 536; Frank, Reform, I, 261, Wharton, I, § 97a, Bar, III, 200.

чиненіи увѣчій или ранъ—выговоръ, арестъ до 3 недѣль, или тюрьму отъ 2 до 4 мѣс.; наказаніе должно быть выбираемо въ этихъ предѣлахъ въ зависимости между прочимъ отъ мотивовъ оборонявшагося. Вопросъ о наказуемости превышенія, проявившагося въ иной формѣ, напр въ побояхъ, лишеніи свободы, остается открытымъ, но ненаказуемость вытекаетъ изъ того, что при противоположномъ рѣшеніи приходилось бы за такой эксцессъ примѣнять нормальное наказаніе, опредѣленное въ законѣ за соотвѣтствующее преступленіе, т е наказывать строже, чѣмъ при эксцессѣ, выразившемся въ лишеніи жизни,—выводъ, очевидно, непріемлемый [83]). Угол. Ул. (ст. 45) прямо указываетъ, что превышеніе обороны наказуемо только въ случаяхъ, особо предусмотрѣнныхъ закономъ Особенная часть Угол. Ул. упоминаетъ о наказуемости, при превышеніи обороны, только убійства и [84]) причиненія весьма тяжкаго или тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, при томъ, если такое дѣяніе совершено не для защиты отъ посягательства на жизнь или отъ изнасилованія. Наказаніе при убійствѣ крѣпость или тюрьма до одного года, при тѣлесномъ поврежденіи—арестъ.

Нѣкоторыя законодательства не карають эксцесса обороны, если онъ вызванъ аффектомъ оборонявшагося [85]).

---

83) Ср санкціи 1533 ст., говорящей о тяжкихъ, неопасныхъ для жизни побояхъ (тюрьма 8—16 мѣс); 1540-ой, говорящей о лишеніи свободы не болѣе недѣли (тюрьма 2—4 мѣс.). Ср мнѣнія Сергѣевскаго, (239) и Піонтковскаго (175), которые полагаютъ, что превышеніе обороны, выразившееся во *всякомъ* преступленіи, кромѣ причиненія смерти, ранъ или увѣчья, влечетъ обыкновенное наказаніе, и опираются на конецъ 101 ст Ул. о нак (всякій напрасный вредъ послѣ отвращенія, опасности признается злоупотребленіемъ обороны, и виновный наказывается по мѣрѣ причиненнаго вреда, по роду побужденій и т. д); но это общее положеніе не позволяетъ сдѣлать опредѣленнаго заключенія (см Таганцевъ, I, 544) и можетъ представлять собою только ссылку на постановленія особенной части, т. е. имѣть въ виду именно случаи, пред 1493 ст. и 1467 ст. Ул. о нак.

84) Въ пользу этого и Ваг, III, 204.

85) Германское ул § 53, ч 2 говоритъ только объ одномъ видѣ аффекта—испугѣ, смущеніи, страхѣ; сходно венгерское ул § 79. Голландское (41 ст, 2 ч) и Норвежское улож. (§ 48) говорятъ о всякомъ душевномъ волненіи, вызванномъ нападеніемъ, сюда подводится и гнѣвъ (Bittl, op. c, 144). Финляндское ул. (§ 9) и австрійск. проектъ

Самое понятіе превышенія обороны въ Угол. Ул. (45 ст. 2 ч.) опредѣляется, какъ чрезмѣрность или несвоевременность защиты. Улож. о нак. говоритъ „кто превзойдетъ полагаемые сей необходимостью предѣлы, и безъ нужды, послѣ уже отвращенія грозившей опасности, нанесетъ“ и т. д. Союзу „и“ здѣсь слѣдуетъ придавать раздѣлительное значеніе = „или“, но не объяснительное, не = т. е. Такимъ образомъ ст. 1467 и 1493 имѣютъ въ виду чрезмѣрную [86]) и запоздалую оборону, но не упоминаютъ о преждевременной.

V. Если не было условій, необходимыхъ для обороны, но лицо ошибочно признавало ихъ наличность, то дѣяніе разсматривается такъ, какъ оно представлялось этому лицу, другими словоми: *мнимая оборона* ненаказуема. Это положеніе безспорно только въ случаѣ фактической ошибки (нападеніе, сдѣланное въ шутку, принято за серіозное [87]), но должно быть распространено и на случаи юридической

(§ 11, ч 3) говорятъ о необдуманности при превышеніи обороны. Въ другихъ случаяхъ наказаніе, согласно большинству законодательствъ, смягчается.—Спорно, относить ли привилегію эксцесса обороны только къ чрезмѣрности (такъ Meyer-Allfeld, § 31—IV; Binding, Handb., I, 754—т. назыв интенсивное превышеніе), или также и къ несвоевременности (Hälschner, 1, 484, Bar, 202, пр. 345[b] — т. назыв. экстенсивное превышеніе). Иногда къ привилегированнымъ случаямъ превышенія не относятъ *умышленнаго* причиненія вреда при оборонѣ свыше мѣры необходимаго. См. Binding, op. c., 752, 753; Bar, § 93; Познышевъ, 164; Manzini, II, 259.

86) Таганцевъ, 544 и пр. Піонтковскій, 173, 174, находятъ, что наше Ул. о нак. не относитъ къ превышенію несоблюденія мѣры при оборонѣ

87) Ошибка можетъ быть и error in persona См. выше, стр. 311 пр. 19, и Garçon, 328 art., № 59. При aberratio—ударъ или выстрѣлъ, направленный въ нападающаго, убиваетъ третье лицо—дѣяніе не наказуемо въ предѣлахъ, установленныхъ для крайней необходимости. См. ниже, прим. 91 и Binding, I, 750, и Grundr, 188. По поводу понятія объективно мнимой обороны, упоминаемаго Н С. Таганцевымъ (544) справедливыя возраженія у С В. Познышева, 164, пр 1. Но дѣяніе можетъ съ объективной стороны представляться обороной, тогда какъ это положеніе не сознается совершающимъ это дѣяніе (см. выше, стр., 309, пр. 9); оно остается преступленіемъ, ибо оборона предполагаетъ сознательную защиту правового блага Ср. Frerk, 126 (защита должна быть цѣлью дѣянія), Познышевъ, § 99

ошибки (см. выше) При неизвинительной ошибкѣ возможна отвѣтственность за неосторожное преступное дѣяніе

Если *нападеніе* было вызвано намѣренно самимъ оборонявшимся съ цѣлью убійства или иного причиненія вреда, *подъ предлогомъ обороны*, или для того, чтобы отдѣлаться легкимъ наказаніемъ за эксцессъ обороны, то дѣяніе остается преступнымъ. Если однако нападеніе, хотя и было провоцировано, но предпринято было съ такою интенсивностью, что дѣйствительно необходимо было развить всю энергію защиты, то дѣяніе оправдывается обороной Во всякомъ случаѣ виновникъ ссоры, повлекшей нападеніе, не лишенъ права обороны, и онъ, а не нападающій находится въ положеніи обороняющагося· auctor rixae non est auctor pugnae. Но противъ эксцесса обороны допустима оборона [88]).

VI Иногда *оборонительныя мѣры* принимаются заранѣе, въ виду опасности нападенія въ будущемъ: собственникъ фруктоваго сада кладетъ на поверхности каменной ограды битое стекло; у воротъ хлѣбной риги ставится на ночь самострѣлъ; желѣзная касса снабжается приспособленіемъ, дающимъ при прикосновеніи къ замку твердаго предмета электрическій токъ сильнаго напряженія Если эти приспособленія дѣйствуютъ въ моментъ противоправнаго посягательства, то причиняемый ими вредъ нападающему оправдывается обороной, поскольку допускается законодательствомъ оборона даннаго блага и поскольку оборонительное дѣйствіе не представляется чрезмѣрнымъ. Часто возможно превыше-

---

88) См. Таганцевъ, 526; Oetker, 271--273; 289; Frank, Reform, I, 263, Garçon, l c., № 81; Garraud, № 303; Manzini, 255, 256. При провоцированіи невмѣняемаго Finger, I, 388, отвергаетъ оборону, ибо нападеніе есть въ сущности самоповрежденіе: невмѣняемый только орудіе; Таганцевъ справедливо признаетъ отвѣтственность за culpa. Во французскомъ и итальянскомъ правѣ возникаетъ вопросъ, возможна ли оборона совершающихъ прелюбодѣяніе противъ попытки мужа убить жену или любовника; старая французская доктрина не допускала обороны, нынѣ провоцированное нападеніе мужа разсматривается, какъ противоправное и только извиняемое (excuse), и оборона разрѣшается (Garçon, № 81, Vidal, № 205; Manzini, 257, указывающій на ошибочное мнѣніе Alimena, называющаго дѣяніе мужа quasi giusto), въ англо-американскомъ правѣ убійство мужа при защитѣ отъ его нападенія въ такомъ случаѣ наказывается, какъ manslaghter (Wharton, I, § 485)

ніе обороны [89]). Если вредъ причиненъ третьему лицу, не совершавшему посягательства, напр.: путнику, случайно наткнувшемуся на оборонительное приспособленіе, возможна отвѣтственность за неосторожное причиненіе вреда, если устроившій такое приспособленіе не принялъ мѣръ къ предотвращенію такихъ случаевъ [90]).

Причиненіе при оборонѣ вреда *третьимъ лицамъ* (не нападающему) не наказуемо при тѣхъ условіяхъ, которыя приняты при крайней необходимости; распространеніе на эти случаи началъ, примѣнимыхъ при оборонѣ, могло бы повести къ оправданію нарушенія интересовъ постороннихъ событію лицъ въ объемѣ, не соотвѣтствующемъ важности защищаемаго блага, соблюденіе принциповъ субсидіарности и пропорціональности здѣсь вполнѣ умѣстно [91]).

---

89) Sommerlad въ GS. 39 т., 387, 388; 395, Сергѣевскій, Причин. связь, 149, 150, Таганцевъ, 532; Познышевъ, § 96, Liszt. 150; Frank, къ § 53—IV, Alimena, Princip, 581, 582 Buri, Causalit. (1873), 94, и Oetker, 275, слѣд., готовы оправдывать обороной причиненіе и болѣе важнаго вреда, чѣмъ требовалось; по мнѣнію Oetker'a, важно для опредѣленія мѣры защиты, какъ представлялась лицу, прибѣгнувшему къ оборонительнымъ приспособленіямъ, ожидаемая опасность въ моментъ ихъ установленія; здѣсь онъ находитъ положеніе только аналогичное оборонѣ. Manzini, II № 414, отвергаетъ оборону: нѣтъ нападенія наличнаго и необходимости приспособленій, но ненаказуемость вытекаетъ изъ того, что всякій можетъ у себя дѣлать все, что не запрещено закономъ, и если кто попадетъ на такое приспособленіе, то „imputet sibi", онъ самъ causa efficiente immediata, какъ человѣкъ, который, зашедъ въ комнату, гдѣ хозяинъ оставилъ открытымъ газовый рожокъ, и, зажегши спичку, пострадалъ при взрывѣ. Сходно Vidal, 321. Объ отсутствіи причинной связи между установленіемъ приспособленій и вредомъ, понесеннымъ наткнувшимся на нихъ лицомъ, говорилъ и Böhlau, см. Finger, 388; Sommerlad, 367, слѣд.

90) Приспособленія, предназначенныя для *изобличенія* нападающаго, или направленныя на месть, не относятся къ оборонительнымъ и не оправдываютъ лицо, ихъ устроившее, напр.: собственникъ отравляетъ плоды или бутылку вина, чтобы при похищеніи виновный погибъ; или кладетъ среди дровъ порохъ, чтобы воръ, затопивъ печь, вызвалъ взрывъ (Manzini, l. c; Bar, III, 219).

91) Такъ большинство Liszt, 151; Allfeld, 187; Frank, Reform, I, 262; Garçon, l. c № 57. Manzini, II, 243. Оборону признаетъ райхсгерихтъ, скорѣе въ виду недостаточности постановленій кодекса о необходимости такъ обороной оправдывается нарушеніе благопристойности въ церкви возгласомъ „довольно", направленнымъ противъ пастора, позволившаго себѣ въ проповѣди выраженія, оскорбительныя для

VII Опасность, какъ было указано, можетъ дать основаніе не только случаямъ необходимой обороны, но и крайней необходимости, или просто необходимости (necessitas, summa necessitas).

Крайняя необходимость есть состояніе опасности для правоохраненнаго интереса, устранимой не иначе, какъ посредствомъ преступнаго дѣянія, и при томъ такого, которое не состоитъ въ отраженіи неправомѣрнаго нападенія. Этотъ послѣдній признакъ, обыкновенно опускаемый въ опредѣленіи необходимости [92]), имѣетъ существенное значеніе, такъ какъ отличаетъ ее отъ обороны, также служащей средствомъ устраненія опасности, поскольку послѣдняя имѣетъ своимъ источникомъ нападеніе, и также выражающейся въ дѣяніи, которое само по себѣ преступно. Но, въ то время какъ оборона служитъ защитѣ правовыхъ благъ и самаго правопорядка противъ не основаннаго на правѣ посягательства, т. е. той же цѣли, что и норма, дѣяніе, вызываемое необходимостью, служитъ только для спасенія своего блага и приноситъ въ жертву чужой посторонній возникновенію опасности интересъ, сохраненіе котораго также соотвѣтствуетъ цѣлямъ правопорядка.

Случаи крайней необходимости—это случаи *коллизіи* или 1) *правового блага съ другимъ такимъ же благомъ:* напр., А, спасая свою жизнь отъ направленнаго на него другимъ лицомъ удара топоромъ, подставляетъ подъ него рядомъ стоящаго В; умирающій отъ голода, заблудившійся въ горахъ

одного изъ присутствовавшихъ; Bar, 213. выводитъ ненаказуемость возгласа изъ того, что интересы—напр, благопристойность—защищаются правомъ лишь въ извѣстныхъ предѣлахъ, но это характерно именно для состоянія необходимости. Oetker, 291—294, только поврежденіе средствъ нападенія, принадлежащихъ третьему лицу, оправдываетъ обороной

92) Ср. опредѣленія Binding'a, Handb, 759; Liszt'a, 153; Allfeld'a (Meyer-Allf.), 187; Frank'a 128; Піонтковскаго, 151, и, совершенно точное—Н С. Таганцева. Опредѣленіе Binding'a говоритъ о спасеніи правового блага или выполненіи правовой обязанности, но и то, и другое содержится въ понятіи правоохраненнаго интереса Contra Oetker, V. D. II, 330, пр См. еще Ferneck, 47, 48 Иначе, конечно, тѣ, кто и защиту противъ нападенія невмѣняемыхъ и животныхъ относитъ къ необходимости.

путникъ наталкивается на шалашъ пастуха и съѣдаетъ въ его отсутствіе находившіеся тамъ съѣстные припасы [93]); 2) или *блага съ правовой обязанностью:* напр, врачъ нарушаетъ обязанность врачебной тайны, открывая болѣзнь паціента своей близкой родственницѣ, желающей выйти замужъ за послѣдняго [94]); 3) или *одной обязанности съ другою:* напр., явиться въ судъ въ качествѣ эксперта и присутствовать въ тотъ же день и часъ при освидѣтельствованіи новобранцевъ [95]).

Опасность можетъ угрожать или одному благу, какъ въ случаяхъ подъ ц. 1, когда она переносится на благо, находящееся внѣ опасности, или же сразу обоимъ или нѣсколькимъ—*случаи общей опасности* [96]): напр., при кораблекрушеніи двое хотятъ спастись на обломкѣ судна, недостаточ-

---

93) См примѣръ у Garçon, art 64, № 100. О случаѣ кражи для спасенія отъ голода изъ недавняго прошлаго передаетъ Prins, 264, пр 2.

94) Ср. Bar, III, 222.

95) Эти три категоріи впервые у Binding'a, Handb, I, 759 Выдѣляютъ изъ состоянія необходимости коллизіи обязанностей Oetker, V D. II, 329, Розинъ, 183; Bar, III, 222, 223 и пр. 369b. По Oetker'y, здѣсь примѣнимъ принципъ „impossibilium nulla obligatio"; однако, это не разрѣшаетъ вопроса, какой изъ двухъ обязанностей отдать предпочтеніе; рѣшеніе должно основываться и здѣсь на сравнительномъ значеніи интересовъ, ради которыхъ установлена каждая изъ обязанностей. Такъ самъ III, стр 275, хотя онъ противъ отнесенія этой коллизіи къ необходимости, такъ какъ послѣдняя предполагаетъ реальную опасность для res corporales, но не для идеальныхъ благъ. Примѣръ (растрата для полученія возможности поѣхать лечиться на курортъ), приводимый для reductio ad absurdum противоположнаго мнѣнія, неубѣдителенъ, ибо и согласно съ послѣднимъ, необходимости въ этомъ случаѣ нѣтъ: растрату едва ли кто-либо признаетъ единственнымъ средствомъ предпринятія поѣздки, а курортъ единственнымъ средствомъ леченія Розинъ при коллизіи обязанностей выводитъ безотвѣтственность за неисполненіе одной, все-равно какой, изъ того, что лицо желало дѣйствовать правомѣрно и, если избрало не тотъ путь (т. е. выполнило не ту обязанность), то лишь потому, что законъ оставилъ это лицо въ неопредѣленномъ положеніи Но именно статья объ условіяхъ наказуемости при necessitas призвана устранить эту неопредѣленность· предпочтеніе должно быть дано высшей обязанности. Большей опредѣленности нельзя требовать; при ошибкѣ въ оцѣнкѣ примѣнимы общія правила относительно error

96) Только здѣсь видитъ коллизію проф. Розинъ, 185.

номъ для поддержанія обоихъ (tabula duorum non capax), и одинъ сталкиваетъ другого въ воду, чтобы спастись самому[97]); спасшіеся на лодкѣ, долго носимые по океану и погибающіе отъ голода, съѣдаютъ одного изъ своей среды (случай съ экипажемъ яхты „Миньонетъ“)[98]) Возможны случаи, когда *одно изъ* находящихся въ опасности *благъ обречено на вѣрную гибель*, и субъектъ другого только *ускоряетъ* ее: собственникъ дома ломаетъ примыкающую къ нему чужую деревянную стѣну, на которую перекинулось пламя пожара съ сосѣдняго дома, чтобы предотвратить гибель своего; изъ двухъ, привязанныхъ другъ къ другу альпинистовъ, одинъ срывается въ пропасть, другой, будучи не въ силахъ его удержать, перерѣзываетъ веревку, чтобы не быть увлеченнымъ въ бездну вмѣстѣ съ нимъ[99]).

Не всѣ эти виды коллизій обращали на себя вниманіе древнихъ и даже болѣе новыхъ законодательствъ и доктрины Въ исторіи уголовнаго права вопросъ о крайней необходимости одинъ изъ наименѣе разработанныхъ Въ римскомъ правѣ, а также средневѣковомъ можно найти рѣшенія только отдѣльныхъ относящихся къ необходимости случаевъ, безъ какихъ-либо обобщеній[100]). Римскіе источники касаются главнымъ образомъ случаевъ причиненія вреда чужому имуществу для спасенія своего, напр —уничтоженія чужой постройки для предотвращенія доступа огня къ своей; поврежденія чужихъ якорныхъ канатовъ или рыболовныхъ сѣтей капитаномъ запутавшагося въ нихъ судна, бросанія за бортъ части груза для спасенія терпящаго аварію корабля (lex Rhodia); вопросъ разсматривается относительно возмѣщенія вреда и разрѣшается отрицательно, въ виду отсутствія вины въ

---

97) Этотъ случай обратилъ на себя вниманіе уже въ древности; о немъ упоминаетъ Цицеронъ (Карнеадова доска).

98) Объ этомъ случаѣ Wharton, I, 487, прим. Подсудимые были признаны виновными въ убійствѣ, но, въ порядкѣ помилованья, наказаны краткосроннымъ лишеніемъ свободы. Въ другомъ случаѣ (Holmes) наказаніе было опредѣлено болѣе строгое (капитанъ спасшійся съ пассажирами въ лодкѣ, для того, чтобы она не потонула отъ переполненія, велѣлъ выбросить за бортъ лишнихъ пассажировъ). См. Wharton, I, 486; Stephen, Dig art 33 Памятны также случаи съ гибелью „Титаника“, съ пожаромъ во время благотворительнаго базара (См. у Garçon) и т. п.

99) R Meikel, op c, 48.

100) Подробное изложеніе исторіи вопроса см. у проф Розина, Moriaud, Janka.

указанныхъ дѣяніяхъ [101]). Отсутствіе другого способа спасти благо отмѣчается, какъ обязательное условіе. Въ двухъ случаяхъ разрѣшается вопросъ о ненаказуемости преступнаго дѣянія, совершеннаго для спасенія жизни—именно во-первыхъ, подкупа противной стороны при обвиненіи въ crimen capitale, т. е. во избѣжаніе угрожающей смертной казни; дѣяніе признается заслуживающимъ извиненія (L. 1. D. 48, 21 Ulpianus *ignoscendum* censuerunt (principes) ei, qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit), во-вторыхъ, — причиненія смерти третьему лицу дѣйствіемъ, направленнымъ на нападающаго, дѣяніе признавалось ненаказуемымъ, какъ совершенное при оборонѣ [102]). Это послѣднее мнѣніе поддерживается и въ позднѣйшей итальянской доктринѣ переходной эпохи [103]) Въ древне-германскомъ правѣ разрѣшались пользованіе произрастаніями чужого луга со стороны путника для дачи корма потерявшему силы коню, далѣе нѣкоторыя другія дѣянія, нарушавшія ничтожные имущественные интересы [104]). Каноническое право признавало при necessitas ненаказуемыми нѣкоторыя религіозныя преступленія, къ которымъ относились и perjurium и falsum testimonium, и особенно *кражу* съѣстного и одежды, совершенную *per famem aut per nuditatem*, но necessitas famis не имѣла значенія для оправданія разврата женщины или прелюбодѣянія. Основаніе ненаказуемости въ случаяхъ, гдѣ она признавалась въ каноническомъ правѣ, не выступаетъ съ достаточной опредѣленностью хотя въ Decretum Gratiani и въ пятой книгѣ Декреталій говорится. „quoniam *necessitas legem non habet*“, „quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum“, но едва ли въ этихъ выраженіяхъ можно видѣть объективную теорію необходимости (см. ниже) [105]) Случай кражи для спасенія отъ голода представляетъ собою тотъ скудный матеріалъ, на которомъ сосредоточивается интересъ итальянскихъ юристовъ въ вопросѣ о необходимости. Тому же вопросу посвящаетъ особое постановленіе Carolina [106]);

---

101) Такъ Ульпіанъ говоритъ *объ отсутствіи dolus*, какъ о препятствіи къ иску изъ edictum de incendio, объясняя: quum defendendarum mearum aedium causa fecerim; а Цельзъ поясняетъ непримѣнимость actio ex lege Aquilia: *justo* enim *metu ductus*, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit.

102) Moriaud, 69, полагаетъ, что дѣяніе оправдывалось въ этомъ случаѣ необходимостью.

103) См. Janka, 54, Розинъ, 55, Bar, III, 231.

104) Въ эту эпоху, впрочемъ, пользованіе чужимъ имуществомъ въ незначительной мѣрѣ вообще не разсматривалось, какъ нѣчто недозволенное. Neubecker, Zwang und Notstand, I (1910), 195; Розинъ, 49.

105) Такъ, впрочемъ, Moriaud, 99. Иначе, Bar, III, 229; Розинъ, 43, справедливо указывающій также на то что поговорки „Not hat kein Gebot“, „necessité n'a pas de loi“ не даютъ твердыхъ основаній для выводовъ объ отсутствіи въ дѣяніи элемента противоправности.

106) Такъ и толковн. къ ст. 195 *Воин. Артик.* О сомнительномъ зна-

дѣяніе признается ненаказуемымъ (факультативно) при этомъ и тогда, когда кража совершена для спасенія отъ голода жены или дѣтей. Коллизія жизни съ жизнью другого лица, возбуждавшая интересъ мыслителей древности, напр Цицерона, затрагивается въ переходную эпоху лишь изрѣдка. Такъ, Covarruvias (XVI в.) полагаетъ, что убійство неповиннаго третьяго лица для спасенія своей жизни не можетъ найти для себя извиненія ни при какихъ обстоятельствахъ. Другіе юристы Фаринацій, Тиракеллъ, при совершеніи преступныхъ дѣяній подъ вліяніемъ опасной для жизни угрозы, признавали психическое принужденіе обстоятельствомъ, которое, хотя и подавляло волю, но не уничтожало ея, и должно было влечь только смягченіе наказанія и лишь въ исключительныхъ случаяхъ полную безнаказанность. Юриспруденція этой эпохи стоитъ на почвѣ субъективнаго обоснованія ненаказуемости дѣянія при крайней необходимости. У представителей естественно-правовой доктрины встрѣчаются мысли, легшія въ основу позднѣйшихъ объективныхъ теорій. у *Гуго Гроція*, все еще занятаго случаемъ голодной кражи, мысль о слабости человѣческой природы (humana imbecillitas) переплетается съ идеей догосударственной общности имущественныхъ благъ, которая оживаетъ въ случаѣ, когда индивидъ не можетъ получить того, что необходимо для поддержанія его жизни; онъ возвращаетъ себѣ естественное право, которымъ и оправдывается его посягательство на имущество. Такимъ образомъ уже у Гроція встрѣчается указаніе на право необходимости.[107]) Пуффендорфъ направилъ свое вниманіе на коллизію жизни двухъ лицъ, ищущихъ спасенія при кораблекрушеніи на „tabula duorum non capax". Онъ придаетъ значеніе инстинкту самосохраненія, считаясь съ которымъ право устанавливаетъ исключенія. Пуффендорфъ затѣмъ распространяетъ понятіе необходимости и на другія коллизіи—жизни съ имуществомъ при голодной кражѣ, а также имущества съ имуществомъ, и подкрѣпляетъ положеніе о ненаказуемости дѣянія аргументами, указывающими на признаніе этимъ авторомъ то внѣправового характера состоянія необходимости, то права нужды. Въ трудахъ Пуффендорфа, Гроція и итальянскихъ юристовъ переходной эпохи уже намѣчены точки зрѣнія, изъ которыхъ позже развиваются субъективная и объективныя теоріи необходимости у философовъ Канта, Фихте, Гегеля —и юристовъ XIX вѣка.

VIII. *Понятіе необходимости слагается изъ слѣдующихъ элементовъ*:

1) *опасности*, источникъ которой безразличенъ: она можетъ проистекать изъ инстинктовъ, напр., голода, вообще

ченіи въ вопросѣ о необходимости болѣе раннихъ указаній въ источникахъ см. у Розина, 171, слѣд.

107) Указаніе на это встрѣчается и у итальянскихъ юристовъ переходной эпохи, см. Janka, 59.

стихійныхъ силъ — огня, воды; опасность можетъ имѣть своимъ источникомъ злую волю другого лица, въ частности неправомѣрное нападеніе, если только дѣяніе выражается не въ формѣ обороны противъ нападающаго, а въ формѣ перенесенія опасности на блага третьихъ лицъ, или же состоитъ въ нарушеніи обязанности, вытекающей изъ закона. Частный случай необходимости представляетъ собою и *психическое принужденіе*, т. е. угроза серіознымъ зломъ, въ случаѣ неисполненія требованія совершить преступное дѣяніе, напр. угроза убійствомъ, если кассиръ не выдастъ чужихъ денегъ. Иногда эти случаи особо предусматриваются закономъ [108]), хотя и рѣшаются на тѣхъ же основаніяхъ, что и другіе случаи необходимости [109]); поэтому для выдѣленія ихъ нѣтъ основаній [110]);

2) опасности *наличной*, дѣйствительной, т. е. угрожающей немедленнымъ зломъ: такъ, кассиръ, получившій только письменное требованіе выдать въ назначенномъ мѣстѣ и въ назначенное время чужія деньги, не находится въ состояніи необходимости, хотя бы требованіе сопровождалось угрозой лишенія жизни, при неисполненіи; иначе, если требующіе уже угрожаютъ кассиру наведенными на него револьверами;

---

108) Такъ герм. улож. § 52, гдѣ говорится и о vis absoluta—непреодолимомъ физическомъ принужденіи, хотя въ послѣднемъ случаѣ совершаемое принужденнымъ не есть дѣяніе (см. выше, 269): онъ орудіе въ рукахъ принуждающаго. *О „непреодолимомъ принужденіи отъ превосходящей силы“* и только о немъ говоритъ наше *Улож. о нак.* (*ст. 100*). Впрочемъ, изъ *ст. 1548* Ул. о нак. можно сдѣлать выводъ что *принудившій* другого *угрозами совершить преступное дѣяніе, самъ отвѣчаетъ за послѣднее*, а не принужденный. Французск. кодексъ упоминаетъ о принужденіи на ряду съ démence. Къ „contrainte“ относятъ и физическое, и психическое принужденіе. См. Garçon, къ ст. 64 Code pén.

109) Такъ и *Угол Ул.*, ст. 46, *предусматриваетъ опасность отъ угрозы, незаконнаго принужденія или иной причины.*

110) Справедливо замѣчаніе Н. С. Таганцева, 553, пр. 3, что различіе выраженій „принужденіе“ и „необходимость“ зависитъ только отъ различныхъ точекъ зрѣнія на одно и то же явленіе, необходимость вызывается принужденіемъ, принужденіе создаетъ необходимость. Такъ и Liszt, 156; Finger, I, 428; Frank, въ Reform, I, 263; Janka, § 44.

3) опасности, *не устранимой другими средствами*, напр. бѣгствомъ (*принципъ субсидіарности*). Вопросъ, можетъ ли такимъ средствомъ, устраняющимъ необходимость, считаться оборона, долженъ быть рѣшенъ въ зависимости отъ обстановки конкретнаго случая [111]: если оборона имѣла значительные шансы на успѣшный исходъ, слѣдуетъ прибѣгнуть къ ней, и, причиняя вредъ третьему лицу, нельзя ссылаться на необходимость такъ, если бы въ предыдущемъ примѣрѣ заявившіе требованіе о выдачѣ денегъ не имѣли въ рукахъ оружія, а у кассира подъ рукой лежалъ заряженный револьверъ, которымъ можно было отразить первыя насильственныя дѣйствія и, поднявъ тревогу, получить помощь лицъ, находившихся въ сосѣднемъ помѣщеніи [112]).

Не относится къ элементамъ необходимости пропорціональность причиняемаго вреда и спасаемаго интереса; пропорціональность можетъ служить иногда условіемъ ненаказуемости или правомѣрности дѣянія, совершеннаго въ состояніи необходимости (см. ниже).

Само собою разумѣется, далѣе, что интересъ не можетъ быть спасаемъ въ томъ случаѣ, если право отнимаетъ у него правовую защиту, если это—интересъ „не правоохраненный", напр.: жизнь приговореннаго къ смерти въ моментъ исполненія приговора, свобода, заключаемаго подъ стражу, въ силу постановленія компетентной власти [113]).

IX. Что касается *юридическаго значенія* необходимости, т. е. вліянія ея на уголовную отвѣтственность, то этотъ вопросъ представляется спорнымъ, и въ зависимости отъ этого различно разрѣшаются въ наукѣ и частные вопросы—о благахъ, которыя дозволяется спасать принесеніемъ въ жертву чужихъ благъ, о лицахъ, которымъ это дозволяется, и т. д.

1. Съ точки зрѣнія однихъ криминалистовъ, *необходимость устраняетъ только наказуемость, но дѣяніе* лица, находящагося въ состояніи необходимости, *остается противоправнымъ*.

---

111) Сходно Oetker, V. D. II, 368, Allfeld, § 32, пр. 25.

112) Другимъ средствомъ устраненія опасности можетъ быть причиненіе вреда менѣе важному чужому интересу или даже пожертвованіе своимъ низшимъ благомъ, см. Allfeld, 193.

113) Liszt, 154, Таганцевъ, № 136, Сергѣевскій, 264; Bar, III, 236.

Этотъ взглядъ — наиболѣе старый, встрѣчающійся уже у Matthäus'a и различно обосновываемый: непримѣнимость наказанія выводится изъ безсилія карательной угрозы будущимъ зломъ удержать отъ преступнаго дѣянія, устраняющаго зло наличное и при томъ тяжкое, какъ немедленная смерть (такъ Кантъ: „factum non inculpabile quidem sed impunibile)[114]), или изъ невмѣняемости лица, находящагося въ состояніи необходимости, невмѣняемости, вызываемой именно безсиліемъ карательной угрозы[115]), или—изъ психическаго принужденія, производимаго опасностью (Гейеръ)[116]), далѣе ненаказуемость выводится изъ необходимости считаться съ инстинктомъ самосохраненія[117]), или изъ невозможности для правопорядка требовать отъ гражданъ самопожертвованія, героизма (Филанджіери)[118]).

---

114) См. Janka, § 18. Онъ справедливо указываетъ (88) на противорѣчіе этого взгляда Канта его абсолютной теоріи наказанія. Ср выше, стр. 131, прим. 23

115) Feuerbach, Lehrb. §§ 84, 90, 91. О неправильности этой точки зрѣнія см. ниже, и, по поводу обоснованія ненаказуемости невозможностью психологическаго принужденія, выше, стр. 133. Сходство съ démence признаютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ необходимости Garraud, Traité, I (1913 г.), 692; Manzini, II, 284 (въ случаѣ съ яхтой „Миньонетъ" —невмѣняемость), отчасти Чубинскій, Мотивъ, (пресумція невмѣняемости при столкновеніи равныхъ благъ).

116) Geyer, Erorterungen (1862 г.), 115, слѣд и Holtzend. Handb, IV, 94. Непреодолимое принужденіе—усматриваютъ Пусторослевъ, 348, 351; Goldschmidt, 7.

117) Такъ Rossi (изд. 1863 г.), 80, и, для одной категоріи случаевъ, Janka, § 42; Oetker, V. D II, 331. Berner, Lehrb., 103.

118) У Филанджіери къ этому присоединяется признаніе психическаго принужденія, дѣлающаго волю лица въ состояніи необходимости неполнѣ свободной,—теорія смѣшанныхъ дѣйствій (см. Janka, § 22; Moriaud, 156); такъ уже итальянскіе юристы переходной эпохи (выше, 494) Съ отсутствіемъ героизма у средняго человѣка оперируютъ и многіе другіе старые и новые криминалисты (Ortolan, I, № 357, 363, Hélie, I, 571; Wharton, I, 121, пр. 10; Сергѣевскій, 263; Alimena, Princip. 590), иногда присоединяя и другія соображенія, напр. отсутствіе антисоціальнаго мотива (Florian, I, § 16), опаснаго для правопорядка настроенія у субъекта дѣянія (Познышевъ, 310), или значеніе инстинкта самосохраненія (Manzini, II, 279, Rossi, l. c.), иногда же допуская на ряду съ указаннымъ основнымъ аргументомъ и право нужды (Vidal, №№ 222, 226). Проф. Розинъ придаетъ значеніе почти всѣмъ указаннымъ

Такимъ образомъ ненаказуемость обосновывается субъективными моментами. Въ новѣйшее время *субъективная теорія*, признавая необходимость извиняющимъ обстоятельствомъ, находитъ, что дѣяніе, совершенное въ этомъ состояніи, не имѣетъ виновнаго характера, и въ положеніи о ненаказуемости этого дѣянія иногда почерпаетъ доказательство въ пользу того, что вина не ограничивается умысломъ или неосторожностью, что понятіе вины шире, (такъ Франкъ, см. также ниже). Другой нюансъ субъективной теоріи заключается въ отрицаніи при необходимости „опаснаго состоянія" личности (temibilità)[119], которое, какъ упоминалось, разсматривается, какъ основаніе репрессіи, нѣкоторыми, криминалистами, отвергающими значеніе вины Представители этого взгляда также выводятъ ненаказуемость дѣянія при необходимости изъ свойствъ субъекта

Практическія *слѣдствія* субъективной теоріи заключаются:

а) въ ограниченіи юридическаго значенія ссылки на необходимость случаями *опасности для жизни или же еще тѣлесной неприкосновенности,* точнѣе—цѣлости, такъ какъ имѣется въ виду спасеніе этого блага отъ тяжкаго поврежденія, такого, которое, по выраженію Эткера, обезцѣниваетъ жизнь, какъ напр.: потеря зрѣнія, руки и т. п [120]).

b) *въ ограниченіи ссылки* на необходимость со стороны *третьихъ лицъ*, спасающихъ благо другого лица или помогающихъ ему въ спасеніи[121]), такъ какъ дѣяніе остается

въ текстѣ субъективнымъ моментамъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и сравнительной цѣнности благъ спасаемаго и повреждаемаго (188, слѣд, 194). Съ этимъ моментомъ считаются отчасти и Ortolan, l. c, и Rossi, l. c.

119) Такъ Florian, I, 421 (изд. 1910 г.), Пионтковскій, 155, 156 (дѣяніе не симптоматично для антисоціальнаго настроенія), отчасти проф. Познышевъ, l. c.

120) Ст. 100 Ул. о нак. говоритъ о спасеніи *жизни* и только *своей*; § 52 и § 54 герман ул.—объ опасности для жизни или тѣла, итальянск. код. (§ 49, ч. 3) вообще о личныхъ благахъ За ограниченіе необходимости опасностью важнаго личнаго вреда Rossi, Hélie, нѣсколько шире Ortolan, но эти криминалисты за наказуемость кражи отъ голода (смягченную), полагая, что есть другіе способы спасенія отъ голодной смерти.

121) См. предыд пр., ст. 100 Ул.

противоправнымъ и основанія ненаказуемости непосредственно угрожаемаго лица непримѣнимы къ постороннимъ, только тогда, когда для нихъ это спасаемое благо имѣетъ самостоятельную цѣнность, когда опасность, угрожающая другому, можетъ разсматриваться, какъ ихъ опасность, ихъ дѣяніе ненаказуемо [122]); такъ, мужъ спасаетъ жену или помогаетъ ей спастись, причиняя вредъ другому, напр., сбрасываетъ его въ воду, чтобы дать ей мѣсто въ спасательной лодкѣ. Встрѣчающійся иногда въ законодательствахъ [123]) перечень такихъ близкихъ лицъ признается въ наукѣ пріемомъ, далеко несовершеннымъ, въ виду всегда возможной неполноты перечня, неспособнаго предусмотрѣть различныя конкретныя основанія этой близости (дружба, незаконная связь и т. п.) [124]);

c) *въ разрѣшеніи* противъ дѣянія лица, находящагося въ состояніи необходимости. *обороны* со стороны того лица, на которое первое желаетъ переложить угрожающій вредъ [125]), такъ, юнга въ правѣ обороняться противъ остальныхъ товарищей по несчастью (стр 492), хлѣбникъ также въ правѣ— противъ крадущаго хлѣбъ во избѣжаніе голодной смерти;

d) въ возложеніи обязанности возмѣстить вредъ на лицо, причинившее его въ состояніи необходимости.

---

122) Сергѣевскій, 266, „mittelbarer Notstand", по выраженію Binding'a (785).

123) Такъ германск. улож. § 52.

124) См Finger, I, 425; Binding, 786, Halschner, I, 501. Въ пользу перечня въ законѣ Сергѣевскій l c, за ограниченіе круга третьихъ лицъ Bar. III, § 122, но за дополненіе сравнительно съ дѣйствующимъ германскимъ правомъ (284, 285)

125) См. напр, Сергѣевскій, l. c; Розинъ, 213, Frank, 128. Противъ необходимости выводить изъ противоправности слѣдствія, указанныя въ текстѣ подъ литер. b и c. Ferneck, 72, 73; Neubecker, Zwang und Notstand, (1910), 127. Они находятъ, что законодатель можетъ ввести иное постановленіе. Но не будетъ ли это или свидѣтельствовать о непослѣдовательности законодателя, или же указывать, какъ онъ смотритъ на юридическую природу дѣянія при necessitas, если его точка зрѣнія не вытекаетъ изъ основного постановленія, посвященнаго этому состоянію (напр., законъ говоритъ о ненаказуемости, безъ указанія ея основанія, но запрещаетъ оборону—выводъ: дѣяніе правомѣрно)?

2. Другія *теоріи—объективныя—видятъ въ необходимости обстоятельство, устраняющее противоправность дѣянія или даже сообщающее ему правомѣрный характеръ*; именно поэтому послѣднее ненаказуемо. Онѣ опираются на *принципъ преобладающаго интереса*, но расходятся и въ обоснованіи ненаказуемости и отчасти также въ выводахъ.

а. Одни полагаютъ, что *дѣяніе*, хотя не запрещено, но и не правомѣрно, а только *терпимо правомъ и юридически безразлично*. Въ новѣйшее время[126]) эта точка зрѣнія проводится Биндингомъ и многими другими, у насъ Н. С. Таганцевымъ и Уголовнымъ Уложеніемъ 1903 г.[127])

Право расчитано на обычныя обстоятельства, на нормальное теченіе жизни. Если же оно нарушается, то для этихъ исключительныхъ случаевъ законодатель устанавливаетъ изъятія. При коллизіи интересовъ одинъ изъ нихъ долженъ погибнуть, право безсильно измѣнить естественный ходъ событія и спасти оба. Если интересы равноцѣнны, то безразлично, какой изъ нихъ погибнетъ, если не равноцѣнны, право можетъ требовать только, чтобы болѣе важный былъ спасаемъ за счетъ менѣе важнаго, и запретить противоположное этому дѣяніе, такъ какъ правопорядокъ или общество должны желать, чтобы погибло менѣе цѣнное благо, если нельзя сохранить и его.

---

126) Зародыши этой теоріи уже у Пуффендорфа и особенно у Фихте (Janka, 78, 89) право предполагаетъ возможность совмѣстнаго существованія; гдѣ ея нѣтъ, какъ при коллизіи жизни съ жизнью, тамъ кончается область регулируемаго правомъ. дѣяніе при necessitas лежитъ внѣ его господства.

127) Binding, Handbuch, I, 760 слѣд., особ. 765; Meyer-Allfeld, 188, Moriaud, 277; повидимому, также Бѣлогрицъ-Котляревскій, 243, и Таганцевъ, I, 549, находящіе дѣяніе, совершенное въ состояніи необходимости, непреступнымъ въ силу юридическихъ свойствъ самаго дѣянія; при этомъ Бѣл.-Котляр. опирается, какъ и Г. Мейеръ, на условное значеніе благъ въ глазахъ законодателя, а Н. С. Таганцевъ сверхъ этого (№ 138) и на субъективные моменты (мотивъ; невозможность требовать героизма) и на безцѣльность наказанія. Исключеніе изъ нормы, т е непротивоправность, отвергая право нужды, признаютъ и Oetker, V D. II, 334, и Ferneck, II, 144, но послѣдній противъ принципа преобладающаго интереса, а первый признаетъ его лишь при общей опасности (330, 331).

b Сторонники другого взгляда, опираясь на *принципъ преобладающаго интереса*, утверждаютъ, что, въ силу послѣдняго, дѣяніе не только терпимо, но правомѣрно, соотвѣтствуетъ цѣлямъ права. Спасеніе болѣе важнаго блага за счетъ менѣе важнаго есть право нужды (Notrecht). Этотъ взглядъ и упомянутый принципъ впервые выдвигаются Гегелемъ [128]), имѣвшимъ въ виду случай голодной кражи,—коллизію жизни съ имуществомъ. Гегель видѣлъ въ жизни наивысшее, безконечное, абсолютное право, заключающее въ себѣ возможность, т. е. представляющее собою условіе, всѣхъ другихъ (ограниченныхъ) правъ. Кестлинъ распространилъ право нужды на коллизію жизни существующей съ жизнью, только возникающей—матери и плода, при перфораціи; Бернеръ — и на другія коллизіи. Въ новѣйшее время этотъ взглядъ поддерживается особенно Штамммлеромъ, Листомъ и многими цивилистами, на почвѣ постановленій герман. гражд. кодекса [129]).

Практическіе выводы, получаемые на почвѣ этихъ двухъ объективныхъ теорій, сходны, но невполнѣ совпадаютъ:

a) *кругъ благъ*, при спасеніи которыхъ посредствомъ преступнаго дѣянія, необходимость имѣетъ оправдывающее значеніе, *не ограничивается жизнью и тѣлесной цѣлостью* всякое благо можетъ быть спасаемо, лишь бы не посредствомъ принесенія въ жертву болѣе важнаго; сравнительное значеніе благъ опредѣляется конкретнымъ масштабомъ;

b) *кругъ третьихъ лицъ*, которымъ разрѣшается спасать чужое благо или участвовать въ спасеніи, обыкновенно *не ограничивается близкими* [130]): всякій, участвующій въ незапре-

---

128) См. у Moriaud, 197, 198; Розина, 124, слѣд.

129) Köstlin, System, § 37, Rev., 197, Berner, De impunitate propter summam necessitatem proposita (1861), аргументація его отличается отъ метафизическихъ положеній Гегеля и Кестлина. См. еще Wessely. Die Befugnisse d. Notstandes и т д. (1862), 13, 14, Schaper въ Holtzend Handb II, 144. Stammler, Darstellung d. strafrechtlichen Bedeutung d. Notstandes (1878), 130, 74, слѣд. Liszt, Lehrb. § 34 О цивилистической лит. о правѣ нужды по B.G.B. см. проф. Розинъ, 143

130) Такъ особенно теорія права нужды (см Berner, Lehrb., 104; Liszt, l c) а также сторонники другого объективнаго взгляда—Halschner, I, 501, Таганцевъ, 556, и Угол. Ул., ст. 46, Moriaud, 289; отчасти

щенномъ дѣяніи, ненаказуемъ. Если это основаніе непримѣнимо въ случаяхъ, когда третье лицо не только помогаетъ въ спасеніи, но спасаетъ самостоятельно, при пассивности непосредственно угрожаемаго, то ненаказуемость третьяго лица вытекаетъ уже изъ того, что его дѣяніе соотвѣтствуетъ принципу преобладающаго интереса, который оно спасаетъ.

c) *Гражданская отвѣтственность* за причиненный вредъ *не отвергается* сторонниками обоихъ взглядовъ, такъ какъ обязанность возмѣщенія вреда признается возможной и при причиненіи его незапрещеннымъ дѣяніемъ[131]) и даже правомѣрнымъ, согласно принципу, что лицо, извлекающее выгоды изъ опредѣленнаго положенія, должно компенсировать другому, за счетъ котораго достигается выгода, понесенные имъ убытки[132]). Этотъ принципъ находитъ себѣ примѣненіе, напр., при принудительномъ отчужденіи земель для общеполезныхъ цѣлей, при возмѣщеніи представителю понесенныхъ имъ въ интересахъ представляемаго расходовъ, при вознагражденіи предпринимателемъ рабочихъ, пострадавшихъ отъ несчастнаго случая.

d) *Расходятся* сторонники объективныхъ взглядовъ *въ вопросѣ о допустимости обороны* противъ дѣянія лица, находящагося въ состояніи необходимости, и, въ виду существующаго разногласія и во взглядахъ на оборону, предлагается троякое рѣшеніе вопроса:

α. если дѣяніе при необходимости и непротивоправно, то оборона противъ него все-же допускается (господствующее мнѣніе), такъ какъ для обороны достаточно, чтобы отражаемое дѣяніе не опиралось на право, чтобы на подвергшемся

Janka, 262, 263. См. также ниже Иначе Binding, 785 (впадаетъ въ субъективную теорію), Oetker, 348, слѣд.

131) Ferneck, 74. Binding, 765, пр 30. Contra на почвѣ германск. гражданск. улож Frank, Reform, 266, который въ невозможности возмѣщенія вреда почерпаетъ возраженіе противъ объективныхъ теорій; такъ же Neubecker, op. c., 116, 117

132) См особенно R Merkel, op. c., посвящающій этому вопросу большую часть своего труда, это такъ назыв. *принципъ активнаго интереса.* Въ пользу этого и Oetker, V. D., II, 335, 346, 347, Розинъ, 247. Janka, 205, 206, высказывается противъ права нужды, полагая, что тогда нельзя требовать возмѣщенія вреда.

нападенію не лежала обязанность подчиниться (см. выше, стр. 466).[133])

β. Такъ какъ нападеніе лица, находящагося въ состояніи необходимости, не имѣетъ противоправнаго характера, сторонники другого взгляда на оборону въ этомъ случаѣ ея не разрѣшаютъ; но лицо, благо котораго приносится въ жертву, признается также находящимся въ состояніи необходимости, если его благо не менѣе цѣнно, чѣмъ спасаемое[134]). Такимъ образомъ, если А. желаетъ сбросить В. въ воду, чтобы занять его мѣсто въ лодкѣ, то В. можетъ въ свою очередь сбросить или оттолкнуть А. или застрѣлить его, и это дѣяніе оправдывается необходимостью, какъ и дѣяніе А. Третьи лица могутъ безнаказанно помогать обоимъ (см. подъ лит. b). Напротивъ, если А. спасаетъ жизнь например, беретъ самовольно чужую лодку для спасенія тонущихъ, то В, собственникъ ея, не можетъ ссылаться ни на оборону, ни на необходимость, когда, препятствуя взятію лодки, причинитъ А. рану или другой вредъ, такъ какъ интересъ В. менѣе важный.

γ. Такъ какъ дѣяніе при необходимости правомѣрно, тотъ, противъ кого оно направлено, обязанъ ему подчиниться, и не можетъ прибѣгать къ защитѣ своего блага: такая защита не оправдывается ни обороной, ни необходимостью[135]).

X. *Недостатокъ* каждой изъ приведенныхъ *теорій* заключается въ томъ, что *ни одна* изъ нихъ *не охватываетъ всѣхъ случаевъ необходимости.*

Субъективная теорія игнорируетъ частые случаи *коллизіи менѣе важныхъ* интересовъ[136]), когда лицу не угрожаетъ

---

133) См. замѣчаніе Finger'a, I, 421, пр. 548; Oetker, 334; Manzini, II, 282, Binding, 766.

134) Allfeld (Meyer-Allf.), § 32, пр. 4 и 32, Ferneck, 71, 147.

135) Liszt, 149, Berner, Lehrb., 104 и друг.

136) Это справедливо отмѣчаетъ Halschner, I, 499. Напротивъ Ferneck, 118, и Oetker, 329, находятъ неправильнымъ распространеніе необходимости на случаи незначительной опасности (Ferneck), или же на коллизіи мелкихъ интересовъ, ибо тогда „bellum omnium contra omnes изъ миража естественнаго права превратится въ дѣйствительность“ (Oetker). Несмотря на субъективное обоснованіе ненаказуемости,

опасность смерти или тяжкаго тѣлеснаго поврежденія и когда приводимыя этой теоріей соображенія въ пользу ненаказуемости совершенно непримѣнимы. Человѣкъ, у котораго во время купанія украли оставленное на берегу платье, голымъ бѣжитъ на глазахъ публики до ближайшаго жилья; застигнутый проливнымъ дождемъ ищетъ убѣжища въ замѣченной неподалеку чужой бесѣдкѣ, въ которой остается, несмотря на протесты находящагося тамъ дачевладѣльца и, можетъ быть, повреждаетъ при этомъ только что выкрашенную скамейку, кто-либо, преслѣдуя вора, похитившаго бумажникъ съ деньгами и невозстановимыми важными документами, и замѣтивъ, что онъ вскочилъ на проходившій трамвай, бросается за нимъ и сталкиваетъ со ступеньки пассажира, мѣшающаго ему проникнуть въ вагонъ; пассажиръ получаетъ серіозные ушибы; посѣтитель музея, не замѣтившій сигнала о его закрытіи и запертый тамъ, тщетно пытается найти выходъ и рѣшается выломать старинное большой цѣнности стекло въ окнѣ нижняго этажа,—спрашивается, подлежатъ ли отвѣтственности эти лица за преступныя дѣянія—появленіе въ непристойномъ видѣ, самоуправство, или вторженіе въ жилище, поврежденіе чужого имущества, причиненіе неопаснаго тѣлеснаго поврежденія, когда эти дѣянія совершены для избавленія отъ простуды, можетъ быть, отъ насморка, для спасенія своего имущества, для возвращенія себѣ свободы и когда они были для этого единственнымъ средствомъ? Очевидно, здѣсь нельзя ссылаться ни на инстинктъ самосохраненія, ни на отсутствіе героизма, ни на невмѣняемость и т п. Правда, логика вещей сама подскажетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ житейски правильное рѣшеніе, и часто возбуждать уголовное преслѣдованіе просто не придетъ никому въ голову, но при нѣкоторыхъ изъ подобныхъ коллизій такая возможность не исключается, и на возникшій вопросъ субъективная теорія и принявшія ее законодательства дать отвѣтъ окажутся не въ состояніи.

Въ этихъ случаяхъ обнаружится преимущество объективной теоріи. *только опираясь на положеніе, что изъ двухъ*

проф. Пусторослевъ и Познышевъ, l. c., распространяютъ ее и на коллизіи другихъ благъ, кромѣ жизни и здоровья.

золъ слѣдуетъ выбирать меньшее, положеніе, разумность котораго очевидна [137]) и только инымъ выраженіемъ котораго является принципъ преобладающаго интереса, можно разрѣшить коллизію [138]).

Если возражаютъ, что этотъ принципъ не обоснованъ, что право не заинтересовано въ поддержаніи именно высшаго интереса [139]), что спасающее послѣдній дѣяніе зато переноситъ бѣду на третье лицо [140]), что право не должно возводить въ принципъ эгоизмъ, что наконецъ для сравнительной оцѣнки интересовъ нѣтъ вѣрнаго масштаба и она представитъ непреоборимыя затрудненія [141]), то всѣ эти возраженія отчасти сами не мотивированы, отчасти устранимы,

---

137) Moriaud, 252; R Merkel, 41; Dohna, 128 (это положеніе почти тавтологія), Berner, Lehrb., 104 (человѣкъ, который предпочелъ бы умереть съ голоду, чѣмъ украсть хлѣбъ, заслуживаетъ не мученическаго вѣнца, но дурацкаго колпака, сходно уже Пуфендорфъ, (Ianka 135). Цицеронъ, даже при столкновеніи равныхъ благъ—жизни съ жизнью· „Si autem mori maluerit, quam manus inferre alteri, jam vero justus ille, sed stultus est, qui vitae suae non parcat, dum parcit alienae", См у Garçon, art. 64, № 97, Binding, l. c.

138) Проф. Чубинскій, Мотивъ 265, 266, 286, требуетъ, кромѣ преобладанія одного интереса надъ другимъ, еще отсутствія антисоціальнаго мотива, что̀ снова выводитъ именно изъ этого преобладанія. Halschner, 489, 490, находитъ, что дѣяніе, спасающее высшее благо, соотвѣтствуетъ цѣлямъ права, но въ то же время считаетъ дѣяніе противоправнымъ.

139) См. особенно Ferneck, 50, 88, слѣд.: дѣяніе, прибавляетъ онъ, въ интересѣ не государства, а частнаго лица. если для спасенія вещи отъ похищенія повреждаютъ чужую вещь, то въ итогѣ уменьшается количество цѣнностей, если бы кража совершилась, то обѣ вещи остались бы въ цѣлости. Но такой маловѣроятный примѣръ не способенъ поколебать принципа; самое преобладаніе спасаемаго блага, требуемое объективной теоріей, остается въ примѣрѣ неопредѣленнымъ: и эта теорія не оправдываетъ уничтоженія чужой вещи, далеко не соотвѣтствующей по цѣнности предотвращаемому вреду.

140) Сергѣевскій, 264; это отмѣчаетъ и Dohna, 126.

141) Neubecker, 119, Ferneck, 59, слѣд; Bar, 251, слѣд.; Сергѣевскій, 265, но далѣе онъ говоритъ о предоставленіи оцѣнки суду. Проф. Піонтковскій, 155, усматриваетъ въ дѣяніи, спасающемъ высшее благо, эгоизмъ, совмѣстимый съ цѣлями правопорядка. Moriaud, 265, защищая эгоизмъ того, кто жертвуетъ чужимъ благомъ, приводитъ еще странный аргументъ въ бѣдѣ повинно общество, что̀ отчасти справедливо развѣ лишь при кражѣ отъ голода.

если ввести нѣкоторыя поправки. Конечно, законодатель не долженъ поощрять эгоизмъ личности и низшій интересъ приносить въ жертву только потому, что онъ низшій: и послѣдній имѣетъ основаніе претендовать на правовую защиту, но вопросъ именно въ томъ при подобныхъ коллизіяхъ, кто скорѣе заслуживаетъ упрека въ эгоизмѣ, тотъ ли, кто причиняетъ другому сравнительно ничтожный вредъ, ради спасенія значительно высшаго интереса, или тотъ, кто не желаетъ жертвъ съ своей стороны, хотя бы онѣ были несоизмѣримо ниже достигаемыхъ другимъ лицомъ результатовъ? При *значительномъ превосходствѣ* одного интереса надъ другимъ, едва ли этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшенъ въ пользу второго [142]). Становясь на сторону перваго, право скорѣе борется съ эгоизмомъ личности, призываетъ ее къ солидарности съ другими, чѣмъ санкціонируетъ его. Въ этомъ отношеніи симптоматично, что противникъ объективной теоріи Баръ усматриваетъ въ ней соціалистическія тенденціи и даже чуть ли не провозглашеніе анархіи [143]). Несомнѣнно, Баръ впадаетъ въ ошибку: онъ упускаетъ изъ виду указанныя выше условія необходимости въ примѣрахъ, приводимыхъ имъ въ подкрѣпленіе своей критики объективной теоріи; въ этихъ примѣрахъ не хватаетъ то *наличной* опасности [144]), то неотвратимости ея другими средствами [145]), то дѣйствительнаго преобладанія интереса, спа-

---

142) Contra Buri, Beitrage (1894 г.), 119, проф. Розинъ, 193, Ferneck, 64; онъ противъ утилитаризма „Ѳемида держитъ вѣсы въ рукахъ, но взвѣшиваетъ вину и воздаяніе, а не правовыя блага". Но это противорѣчитъ положительному праву, опредѣляющему различное воздаяніе за нарушенія различныхъ благъ

143) Bar, III, 254; 258, пр 430. Сходно Florian, I, 421. См. также мнѣніе Гуго Гроція о „bona communia" Bar особенно подчеркиваетъ возможность ошибки субъектовъ пришедшихъ въ столкновеніе интересовъ при оцѣнкѣ благъ: эта опасность однако отпадаетъ, если требовать значительнаго преобладанія одного надъ другимъ (см ниже).

144) Bar, III, 253—*немедленный* взломъ двери лицомъ, которое случайно заперли; свобода могла пострадать только при болѣе продолжительномъ тщетномъ ожиданіи.

145) кража или растрата для путешествія на курортъ для леченія, насильственный захватъ медикаментовъ при эпидеміи (223, 252, 253).

саемаго за счетъ другого [146]); но Баръ правильно подмѣтилъ скорѣе соціальное, чѣмъ индивидуалистическое значеніе принципа преобладающаго интереса.

Въ упомянутомъ *значительномъ* преобладаніи одного интереса надъ другимъ заключается коррективъ къ этому принципу; только при условіи значительной разницы интересовъ есть основаніе для правопорядка стать на сторону важнѣйшаго [147]), при равенствѣ или ничтожномъ различіи болѣе соотвѣтствуетъ идеѣ права поддерживать защиту того интереса, который находится внѣ данной опасности, и запретить переложеніе ея на другого Если иногда примѣненіе наказанія къ нарушившему этотъ запретъ и представляется неумѣстнымъ, то по другимъ основаніямъ, лежащимъ въ субъектѣ правонарушенія. Вмѣстѣ съ тѣмъ указанный коррективъ устраняетъ затрудненія, которыя дѣйствительно испытала бы судебная практика при оцѣнкѣ интересовъ и которыя выдвигаются, какъ возраженіе противъ объективной теоріи.

Могутъ быть случаи, въ которыхъ отвѣтить на вопросъ, какой интересъ важнѣе, представило бы неразрѣшимую задачу: абстрактная оцѣнка не приводитъ къ опредѣленному рѣшенію [148]); какъ указываетъ виднѣйшій представитель объективной теоріи Биндингъ, даже жизнь не всегда можетъ быть признана высшимъ благомъ, тѣмъ болѣе, что необходимо считаться со значеніемъ блага для лица, находящагося въ состояніи необходимости· непорочная дѣвушка цѣнитъ свою честь выше своей жизни, и слѣдовательно выше чужой. Нельзя также исходить изъ оцѣнки благъ въ уголов-

146) 262,—дверь, въ выше указанномъ примѣрѣ, взламывается, чтобы не опоздать на обѣдъ. Другіе примѣры, которыми старается Bar опровергнуть объективную теорію, относятся къ оборонѣ противъ животныхъ (III, 251, 261).

147) Недостаточно минимальнаго различія въ значеніи благъ, говоритъ Halschner, I, 489. Важна не пропорціональность коллидирующихъ благъ, а наоборотъ. рѣзкое несоотвѣтствіе (Missverhaltniss) между ними въ пользу спасаемаго—Janka, 205. Такъ и Paul Merkel въ M. Crim. psych. 9 т (1912 г.), 103. Какъ Гельшнеръ и R. Merkel, 79.

148) Binding, Handb I, 767, Таганцевъ, I, 560, R. Merkel, 78, Sermet, 187—197, за сравненіе благъ in concreto За обстрактную оцѣнку Schaper въ Holtzend. Handb. II, 133, слѣд.; Berner въ „De impunitate".

номъ кодексѣ, принятой для опредѣленія въ законѣ размѣра наказанія: это опредѣленіе зависитъ не только отъ цѣнности блага, но и отъ другихъ моментовъ: лишеніе жизни карается иногда слабѣе, чѣмъ кража лошади. При *конкретной оцѣнкѣ*, съ принятіемъ въ расчетъ индивидуальныхъ особенностей случая [149]), блага могутъ быть все-таки настолько несоизмѣримы, что преобладаніе одного надъ другимъ окажется весьма спорнымъ [150]), какъ въ случаѣ причиненія серіознаго ушиба для спасенія крупнаго имущественнаго интереса. Но едва ли правильно отрицать *вообще* возможность сравненія интересовъ или дѣлать исключеніе только для коллизіи личныхъ благъ съ имущественными и признавать преимущество первыхъ передъ вторыми. Именно при значительномъ

---

149) Справедливо высказывается Bar, III, § 118, противъ взгляда Ferneck'a, Liepmann'a и Dohna, которые придаютъ значеніе не самой разницѣ въ цѣнности благъ, а вліянію ея на психику субъекта, находящагося въ состояніи необходимости; Bar находитъ, что выводы должны получиться болѣе неопредѣленные, чѣмъ при объективной оцѣнкѣ. За объективную оцѣнку и Sermet, l. c.; за значеніе блага для его субъекта Moriaud, 268. Ср. ст 46 Угол. Ул. „если имѣлъ достаточное основаніе считать причиняемый вредъ маловажнымъ сравнительно съ охраняемымъ благомъ". Напротивъ, Baumgarten, 64—66, и Neubecker, 123, полагаютъ, что слѣдуетъ исходить изъ оцѣнки вреда лицомъ, на которое онъ переносится тѣмъ, кто находится въ состояніи необходимости: важно, можно ли допустить, что первый этотъ вредъ способенъ перенести. Близко къ этому мнѣніе тѣхъ, кто допускаетъ ссылку на необходимость при опасности для другихъ благъ кромѣ жизни и физической цѣлости лица только, если причиняемый другому лицу вредъ весьма незначителенъ. Bar, III, § 123, Adler Z. 31 т., 914. Ср. Goldschmidt, 61: онъ признаетъ „Notrecht" при нарушеніи вещныхъ благъ и второстепенныхъ интересовъ управленія, а также при перфораціи и перерывѣ беременности; въ остальныхъ случаяхъ возможно извиненіе.

150) Именно такіе примѣры подбираетъ Bar въ опроверженіе объективной теоріи, но тогда ссылка на необходимость и не будетъ уважена, поскольку значеніе ея обусловливается преобладаніемъ интереса и при томъ значительнымъ; но въ нѣкоторыхъ изъ этихъ случаевъ ненаказуемость вытекаетъ изъ другого основанія (см. ниже). Это долженъ признать и Ferneck. Принципъ пропорціональности принимаютъ Bar, 275, 279, 290, и Oetker, 346, когда для спасенія блага совершается нарушеніе закона безъ вторженія въ сферу личности, и (такъ Oetker) при условіи, что дѣяніе не является поставленіемъ блага въ опасность; лишь отчасти въ пользу этого условія Bar.

преобладаніи одного интереса надъ другимъ, сравнительная оцѣнка получаетъ прочное основаніе: если одному грозитъ серіозная простуда—дождь въ приведенномъ примѣрѣ вызвалъ внезапное пониженіе температуры или спасавшійся въ бесѣдкѣ недавно оправился отъ болѣзни, а другому грозитъ только неудобство или безпокойство отъ непрошеннаго гостя; если одинъ рискуетъ потерять состояніе или долженъ пострадать важный государственный интересъ (въ похищенномъ портфелѣ важный документъ, планъ крѣпости и т. п.), а пассажиръ получаетъ легкій или даже, при второмъ предположеніи, тяжелый ушибъ, то перевѣсъ спасаемаго интереса внѣ сомнѣній.

Отсюда же вытекаетъ не только, что *сравненіе возможно и тогда, когда ни одно изъ благъ не принадлежитъ къ имущественнымъ*[150a]), но и то, что иногда имущественное благо окажется высшимъ по сравненію съ личнымъ; къ тому же съ сохраненіемъ перваго иногда можетъ соединяться и матеріальный интересъ, какъ съ окномъ музея (см. примѣръ выше), представляющимъ, можетъ быть, высокую историческую или художественную цѣнность, между тѣмъ лишеніе свободы на два—три часа для зазѣвавшагося туриста, знающаго, что музей снова открывается послѣ обѣда, ничтожная потеря.

При условіи значительнаго преобладанія интереса, предпочтенія заслуживаетъ мнѣніе, признающее дѣяніе правомѣрнымъ

150a) Такъ, признаютъ при необходимости ненаказуемыми легкія нарушенія владѣнія Neubecker (121, 122), пользованіе чужимъ имуществомъ или поврежденіе его для спасенія жизни—Wharton, I, 121; Alimena, 592, 593, Vidal, № 222 (это droit de necessité). См. еще ниже постановленія герман. гражд. улож. Поврежденіе имущества готовы допустить при необходимости также Bar, § 122, и Сергѣевскій, l. c., полагая, что это дѣяніе вообще должно быть ненаказуемо при отсутствіи мотива злобы или мести. Вмѣстѣ съ тѣмъ при посягательствѣ на ничтожныя блага со стороны находящагося въ состояніи необходимости, оборона этими криминалистами ограничивается для субъекта такого блага уже въ виду ничтожности послѣдняго (См. Bar, 263 и выше, здѣсь, 483), т. е. получается результатъ такой же, какъ при „правѣ нужды". Baumgarten требуетъ, чтобы воздѣйствіе на чужое имущество служило не для пріобрѣтенья, а для спасенія блага, но это условіе вытекаетъ само собою изъ существа необходимости.

и не разрѣшающее обороны [151]). Противоположное мнѣніе заключаетъ въ себѣ противорѣчіе [152]): съ одной стороны, дѣяніе допускается для спасенія болѣе важнаго интереса, именно въ виду этого значенія его; съ другой стороны, разрѣшается противодѣйствіе этому спасенію, которое при оборонѣ можетъ исходить не только отъ субъекта другого, приносимаго въ жертву интереса, но и отъ *всякаго* посторонняго лица [153]); такимъ образомъ, не допустить меня укрыться отъ непогоды или воспользоваться чужой лодкой для оказанія помощи застрявшимъ на рѣчной мели въ правѣ не только владѣлецъ имущества, но первый встрѣчный, которому извѣстно, что это чужая дача, не моя лодка, онъ даже въ правѣ примѣнить при этомъ насиліе. Только тѣ, кто связываетъ оборону съ противоправностью дѣянія, понимаемой иначе, и допускаетъ защиту блага, приносимаго въ жертву, на условіяхъ крайней необходимости, приходятъ къ практически правильному рѣшенію: если спасаемый интересъ выше, на необходимость

---

151) Вѣрно проф. Чубинскій, 286. За ограниченіе права нужды узкимъ кругомъ случаевъ, спеціально предусмотрѣнныхъ законами не въ уголовномъ кодексѣ Binding, 764, Oetker, 332; Сергѣевскій, 263, Піонтковскій, 156, Розинъ, 184; Bar, 1 c., Neubecker, 132, 133 См. нашъ *Уст. Торгов.* (ст 427, 434 *право насильственнаго взятія припасовъ у повстрѣчавшагося корабля,* въ случаѣ крайней необходимости).

152) Это отчасти признаетъ даже Bar, § 117, но онъ и Neubecker полагаютъ, что часто истинный размѣръ вреда, который придется перенесть 3-ему лицу отъ находящагося въ состояніи необходимости, не подается учету: впуская къ себѣ заблудившагося во время мятели путника, рискуютъ быть имъ ограбленнымъ или заразиться, поэтому нельзя принудить собственника терпѣть дѣяніе находящагося въ necessitas. Но противъ этихъ опасностей существуютъ мѣры предосторожности; при ихъ отсутствіи, такой субъектъ все-равно ворвется, не поможетъ и оборона, далѣе, если были основанія къ указаннымъ опасеніямъ, или необходимость была симулирована, то нѣтъ уже преобладанія интереса непрошеннаго гостя: жизни или здоровью собственника также угрожаетъ опасность, поэтому оборона возможна; извинительная ошибка послѣдняго въ указанномъ отношеніи также оправдаетъ его сопротивленіе (мнимая оборона). Противорѣчіе усматриваетъ въ правѣ нужды Binding, 763, но приводимый въ опроверженіе примѣръ относится къ коллизіи *равныхъ* благъ и не затрагиваетъ защищаемаго въ текстѣ взгляда О несостоятельности возраженій, основанныхъ на гражданскихъ послѣдствіяхъ, см выше.

153) См. справедливое замѣчаніе Allfeld'a, § 32, пр. 4 и 32.

можетъ ссылаться только субъектъ этого интереса, но не другого, низшаго, защита котораго исключается. Но такой результатъ достигается путемъ отступленія отъ болѣе правильнаго взгляда на оборону. Между тѣмъ нерѣдко приводимое противъ права нужды возраженіе, что законъ можетъ въ лучшемъ случаѣ смотрѣть сквозь пальцы на дѣяніе, совершенное въ состояніи необходимости, только терпѣть, но не болѣе, и ужъ никоимъ образомъ не создавать на это дѣяніе права [154]), нисколько неубѣдительно, особенно при принятомъ коррективѣ—при условіи значительной разницы въ цѣнности благъ Въ этомъ разграниченіи незапрещеннаго и правомѣрнаго нельзя видѣть предохранительнаго клапана противъ широкаго пользованія необходимостью; для того, кто рѣшается на дѣяніе, важно, что оно не запрещено и что онъ не подвергнется наказанію, и превентивное значеніе указаннаго нюанса весьма сомнительно [155]).

Если такимъ образомъ въ рядѣ случаевъ слѣдуетъ принять теорію права нужды, то въ рядѣ другихъ она не даетъ удовлетворительнаго рѣшенія: если сталкивается жизнь съ жизнью, то нельзя сдѣлать выводъ изъ принципа преобладающаго интереса: они равны: нельзя признать одинъ болѣе важнымъ только потому, что это жизнь почтеннаго гражданина, можетъ быть, выдающагося писателя, государственнаго дѣятеля, а другая жизнь—тунеядца: въ отношеніи правовой защиты не можетъ быть разницы [156]). То же слѣдуетъ сказать о здоровьѣ· рука піаниста не выше руки чернорабочаго [157]). Между тѣмъ ненаказуемость признается и при пожертвованіи чужою жизнью для спасенія своей, чужой тѣлесной цѣлостью для спасенія своей. Чтобы выйти изъ затрудненія Штаммлеръ предлагалъ признавать то изъ равныхъ благъ высшимъ, которое вышло изъ столкновенія побѣдителемъ [158]), но эта оцѣнка, основанная на исходѣ

---

154) См Frank Reform, I, 266, Moriaud, 276.

155) Ср. вѣрное замѣчаніе Finger'a, I, 421, пр. 547; но и онъ полагаетъ полезнымъ признавать дѣяніе при necessitas противоправнымъ, хотя бы и безъ карательной санкціи. Contra Oetker, 334, пр. 1.

156) Ср Ferneck, 60, Janka, 64

157) Ferneck, 120, склоненъ придать значеніе такому различію.

158) Stammler, op. c., 77.

борьбы и провозглашающая право сильнаго, въ самомъ грубомъ смыслѣ, не встрѣтила въ наукѣ сочувствія[159]) Остается искать обоснованія ненаказуемости въ чемъ-либо другомъ, но не въ принципѣ преобладающаго интереса.

Это основаніе можно найти только въ томъ, что дѣяніе извинительно, несмотря на осуществленіе имъ состава деликта, несмотря на наличность объективныхъ его признаковъ, такъ какъ въ случаяхъ трагической коллизіи дѣяніе не отражаетъ обычнаго для личности настроенія, не свидѣтельствуетъ не только о постоянныхъ враждебныхъ праву чертахъ ея, но даже о недостаточной устойчивости правомѣрнаго настроенія, которая служитъ основаніемъ правового неодобренія эпизодическихъ преступниковъ. Если дѣяніе послѣднихъ, хотя и въ весьма незначительной степени, отражаетъ характеръ личности, то дѣяніе, совершенное для спасенія наиболѣе цѣнныхъ личныхъ благъ не даетъ показанія о преступномъ настроеніи Когда давленіе обстоятельствъ достигаетъ такой интенсивности, какъ въ этихъ случаяхъ крайней необходимости, дѣяніе можетъ быть отнесено почти исключительно на ихъ счетъ, и вина падаетъ до нуля[160]). Конечно, найдутся люди, которые спокойно

---

159) См. R. Merkel, 46; Neubecker, 113; Alimena, Princ. I, 589. Вопросъ при столкновеніи равныхъ благъ остается трудно разрѣшимымъ и для теоріи, признающей *юридическое безразличіе дѣянія*: Binding, 766, прибѣгаетъ къ субъективному моменту—мотиву самосохраненія, въ замаскированномъ видѣ этотъ моментъ пріобрѣтаетъ значеніе и у Allfeld'a и H. Meyer'a (Meyer-Allf, l. c) то изъ равныхъ благъ важнѣе, которое ближе субъекту дѣянія при necessitas. Сходно Бѣлогрицъ-Котляревскій, 243, 244: субъективный характеръ необходимости заставляетъ (?) государство стать на точку зрѣнія попавшаго въ такое положеніе и признать перевѣсъ правовыхъ интересовъ послѣдняго. Послѣдовательнѣе на почвѣ указанной теоріи Moriaud, 262: если блага равны, право не можетъ ни одобрять, ни порицать дѣянія. Halschner, 491 и пр. 1 ibid., находитъ, что ненаказуемость можетъ вытекать при коллизіи равныхъ благъ только изъ уголовно-политическихъ соображеній, не указывая, какихъ. Проф. Піонтковскій разсматриваетъ ненаказуемость въ такихъ случаяхъ, какъ исключеніе, не мотивируя послѣднее.

160) См. особенно Frank, Aufbau d Schuldb., 522 (см также выше 188), который поэтому вводитъ въ понятіе вины нормальную мотивацію, имѣя въ виду среднюю, не исключительную интенсивность давленія внѣшнихъ обстоятельствъ и считая возможнымъ *отсутствіе вины и*

взглянуть въ глаза смерти и геройски примутъ на себя роковой ударъ, но и тѣ, кто на это неспособенъ, не могутъ вызывать упрека со стороны правопорядка, и *въ дѣяніи, которое въ положеніи данной личности совершилъ бы всякій средній гражданинъ* [161]), *право не усматриваетъ основанія для осужденія* [162]), такъ какъ пользуется той же мѣркой справедливой оцѣнки, какую примѣняетъ громадное большинство, дѣяніе ненаказуемо потому, что оно не вскрываетъ вины въ болѣе широкомъ смыслѣ этого слова, и наказаніе было бы несправедливо, не говоря уже о томъ, что оно нецѣлесообразно ни съ точки зрѣнія общей превенціи, ни съ точки зрѣнія предупрежденія рецидива, т. е. спеціальной превенціи [163]).

Противники субъективной теоріи, ошибочно отрицающіе ея значеніе и въ случаяхъ такой коллизіи, указываютъ

при умышленномъ дѣяніи вмѣняемаго лица, при ненормальной мотивации. См. Frank, комментар., 111. См. также Goldschmidt, op. c. 34, слѣд., но онъ запутываетъ вопросъ, усматривая вину въ противорѣчіи дѣянія долгу (Pflichtwidrigkeit), при чемъ источникомъ мотива долга признаетъ право справедливости (Billigkeitsrecht). Онъ, впрочемъ, также придаетъ значеніе непреодолимому психическому давленію (7, слѣд.); въ этомъ смыслѣ еще раньше Ferneck, 100, слѣд., особ. 111, 112, и въ сущности Oetker, 331, подчеркивая источникъ этого давленія: инстинктъ самосохраненія и обосновывая этимъ и коллизіи важнѣйшихъ благъ съ *неравными* благами, за исключеніемъ случаевъ общей опасности и тѣхъ, гдѣ одно благо обречено на гибель. Но Oetker (334) и Ferneck (121, 144) полагаютъ, что именно, извиняя дѣяніе, законодатель не распространяетъ на него запрета, и дѣяніе юридически безразлично. Иначе Beling, Unschuld, 10, пр.—законодатель прощаетъ, т. е. освобождаетъ отъ наказанія виновное, противоправное дѣяніе, по соображеніямъ цѣлесообразности. Прощеніемъ изъ состраданія къ попавшему въ necessitas объясняетъ ненаказуемость и Neubecker, 117 (см. однако примѣч. 162). Справедливо однако спрашиваетъ Frank, коммент., 689, 690: «По какому же другому основанію, кромѣ отсутствія вины, станетъ прощать законодатель правонарушеніе, да еще тяжкое»?

161) Поэтому неправильно видѣть въ необходимости обстоятельство, исключающее вмѣняемость; интенсивность мотива ея не исключаетъ (такъ, проф. Чубинскій, Мотивъ, 289, высказывается за ненаказуемость только въ случаяхъ невмѣняемости, въ другихъ случаяхъ коллизіи равныхъ благъ, когда субъектъ дѣйствовалъ хладнокровно,—за сохраненіе наказуемости).

162) Такъ и Neubecker, 120, ср. однако выше прим. 160.

163) На эту сторону вопроса обращаетъ вниманіе Garçon, арт. 64, № 115, см. также мнѣніе Finger'a 420, 421 и Белинга, выше, прим. 160. Но

на то, что всѣ законодательства устанавливаютъ для нѣкоторыхъ лицъ—моряковъ, военныхъ, пожарныхъ и т. п.—обязанность переносить опасность и не разрѣшаютъ ссылки на необходимость, даже когда рѣчь идетъ о спасеніи жизни [164]). Такую оговорку дѣлаетъ и 46 ст. Угол. Улож. Но эта обязанность самопожертвованія находитъ объясненіе въ томъ, что упомянутыя категоріи лицъ получаютъ соотвѣтствующую подготовку, закаляютъ свою волю, и борьба съ опасностями входитъ въ ихъ профессію. Примѣнять ту же мѣрку къ оцѣнкѣ поведенія въ опасности другихъ людей поэтому было бы неправильно [165]).

Приведенное субъективное обоснованіе ненаказуемости дѣянія, совершеннаго для избавленія отъ смерти и тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, а также отъ изнасилованья, приводитъ къ признанію ненаказуемости *независимо отъ цѣнности интереса, приносимаго въ жертву* [166]), т. е. и въ случаяхъ, когда онъ объективно болѣе важный [167]), напримѣръ: жизнь нѣсколькихъ лицъ, или же важный государственный интересъ [168]). Эту точку зрѣнія въ сущности проводитъ даже Угол. Улож., въ 1 ч 46 ст, хотя оно въ другихъ случаяхъ необходимости принимаетъ теорію Биндинга и Таганцева, которой болѣе соотвѣтствовало бы признаніе и при этой коллизіи принципа преобладающаго интереса. Угол Улож допускаетъ это отступленіе,

---

наказаніе дѣйствуетъ и какъ воспитательное средство (выше, 126), будучи правовой отрицательной оцѣнкой личности, осужденіемъ ея; а неумѣстность осужденія вытекаетъ именно изъ отсутствія вины.

164) Hälschner, I, 498; Binding, Handb., 764.

165) Bar, III, 265

166) Такъ и Janka, § 42, Oetker, V. D. II, 329, 330, 340, сдѣд. Binding, причисляетъ къ этимъ случаямъ de lege lata (Leib параграфа 54, StGB.) и спасеніе свободы отъ неволи, въ этомъ смыслѣ и Janka; слишкомъ далеко заходитъ Oetker, относя къ Lebensentwertung и опасность для чести. Ссылку на необходимость при опасности для половой неприкосновенности допускаетъ и Neubecker, 119. –Halschner, 499, 500 и 491, пр. 2, почерпаетъ въ этомъ (см. текстъ) выводѣ возраженіе, противъ субъективнаго обоснованія ненаказуемости.

167) Такъ и Binding, 767 (для спасенія здоровья трудоспособнаго семьянина отъ увѣчья пожертвованіе жизнью лица, дни котораго сочтены), Frank, 128, Janka, 242 и § 42, § 43; Meyer-Allfeld, 190.

168) См. Binding, 784; Oetker, 345, пр. 4; Ferneck, 62; Finger, I, 425 послѣ дня—de lege lata, и contra de lege ferenda.

впрочемъ, лишь тогда, когда опасность угрожаетъ жизни, но отъ этой опасности едва ли можно отличить на практикѣ легко переходящую въ нее опасность тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, особенно обсуждая послѣднюю на основаніи обстоятельствъ, извѣстныхъ въ моментъ дѣянія, что представляется единственно правильнымъ.

Такимъ образомъ *необходимость объемлетъ двѣ категоріи случаевъ:*[169]) *1) въ однихъ есть опасность смерти, или тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, или изнасилованья, и блага: жизнь, тѣлесная цѣлость и половая неприкосновенность сталкиваются съ равными или высшими благами — дѣяніе извинительно, ненаказуемо; участіе третьихъ лицъ допустимо въ тѣсныхъ предѣлахъ— только когда чужая опасность для этихъ лицъ —своя опасность; оборона разрѣшается субъекту приносимаго въ жертву интереса и третьимъ лицамъ, вредъ подлежитъ возмѣщенію, 2) въ другихъ случаяхъ, какому бы благу ни угрожала опасность* (въ томъ числѣ и только что указаннымъ подъ ц. 1), *если оно значительно выше приносимаго въ жертву, дѣяніе правомѣрно, оборона недопустима, но причиненный вредъ подлежитъ возмѣщенію*[170]). Что касается третьихъ лицъ, то *помощь* ихъ находя-

169) Такъ уже Berner, De impunitate etc. и Lehib. 103, 104; Janka, § 42, § 43; Beling, Grundzüge (1905). 49; Goldschmidt, 61 Сходно съ текстомъ R. Merkel, 46; Dohna, въ Z. 33 т., 130; Manzini. II, № 431 (при менѣе важныхъ благахъ и при перевѣсѣ спасаемаго—fatto autorizzato). Противъ объединенія всѣхъ случаевъ Oetker, V. D. II, 333; P. Merkel въ Mon. crim. psych. 1912 (т. 9), 103. Въ случаяхъ общей опасности пожертвованіе однимъ изъ благъ для спасенія остальныхъ Bar, 274, признаетъ „rechtlich rationell“ См. также выше о коллизіи обязанностей, прим. 95. Baumgarten, давая субъективное обоснованіе ненаказуемости при вредѣ, угрожающемъ жизни или тѣлу, въ другихъ случаяхъ предоставляетъ вопросъ о наказуемости и ея размѣрѣ суду (§ 3, стр. 41). Игнорируетъ субъективную сторону дѣянія при necessitas формула *Hammacher*'а (D. Charakter d. Notstandshandlung. 1907 г., 45): дѣяніе: 1) противоправно, если уничтожаетъ больше правовыхъ благъ, чѣмъ было необходимо; 2) правомѣрно, если жертвуетъ низшимъ, ради высшаго; 3) юридически нейтрально, если уничтожаетъ столько же, сколько спасаетъ. Sermet, 199, при равныхъ благахъ дѣяніе разсматриваетъ, какъ случайное (cas fortuit), при неравныхъ признаетъ droit de necessité.

170) Нельзя, впрочемъ, не согласиться съ Oetker'омъ (348) и Adler'омъ (l. c.), что при общей опасности вредъ слѣдуетъ распредѣлить между субъектами спасеннаго и пострадавшаго благъ, какъ при общей

щемуся въ состояніи необходимости *можетъ быть оправдана или когда спасаемый высшій интересъ близокъ также имъ самимъ* (спасеніе документа, содержащаго государственную тайну), *или же, когда помощи* [170a]) *желаетъ субъектъ находящагося въ опасности интереса*; едва ли можно пойти дальше и признать правомѣрнымъ выступленіе третьяго неблизкаго лица по собственной иниціативѣ [171]) пока непосредственно заинтересованный не находитъ нужнымъ прибѣгать къ причиненію вреда чужому благу, сравнительная оцѣнка благъ не можетъ быть предоставляема усмотрѣнію посторонняго, какъ и опредѣленіе наличности опасности и неустранимости ея другими средствами. При невозможности для находящагося въ состояніи необходимости высказать свою волю, посторонній можетъ исходить изъ разумнаго предположенія о ней, и въ такомъ случаѣ его дѣяніе правомѣрно, напр: спасеніе утопающаго постороннимъ, взявшимъ для этого чужую лодку, вопреки протесту владѣльца [172]). Къ благамъ низшимъ слѣдуетъ относить хотя бы равное или высшее, но уже обреченное на гибель благо [173]).

Въ тѣхъ случаяхъ, когда, согласно изложенному, не допускается оборона со стороны третьяго лица, сопротивленіе, оказываемое имъ находящемуся въ состояніи необходимости, должно влечь наказаніе, поскольку проявляется въ насиліи или иномъ преступномъ дѣяніи. Другой вопросъ, *вызываетъ ли уголовную отвѣтственность третьяго лица препятствіе съ его*

аваріи. Если приносимое въ жертву благо было все равно обречено на гибель, отпадаетъ обязанность возмѣщенія вреда (Oetker, 355).

170a) Подъ помощью мы разумѣемъ и дѣяніе, предпринимаемое третьимъ лицомъ для спасенія чужого блага безъ участія въ этомъ субъекта послѣдняго.

171) Это ограниченіе сторонниками объективныхъ теорій обыкновенно оставляется безъ вниманія. Не допускаютъ вмѣшательства третьяго лица противъ воли того, кто находится въ состояніи необходимости R. Merkel, op. c., 112, Bar, 246, пр. 415a. Недостаточно мотивировано неограниченное допущеніе „Nothilfe" именно въ случаяхъ общей опасности Oetker'омъ (352) и Bar'омъ (264).

172) Иногда хотятъ проводить различіе въ вопросѣ о помощи третьихъ лицъ, въ зависимости отъ мотива ихъ дѣятельности, чтобы подъ маской помощи не осуществлялось преступное намѣреніе GE. Begründ., 41; ср. Розинъ, 227.

173) R Merkel, 41, слѣд. Oetker, V D II, 331.

стороны спасенію чужого блага[174]), *проявляющееся въ иныхъ формахъ*, напримѣръ: въ сокрытіи или непредоставленіи своего блага, принесеніе въ жертву котораго или воздѣйствіе на которое должно служить средствомъ этого спасенія: напримѣръ, тонущій хочетъ ухватиться за край случайно плывущей мимо лодки, лодочникъ, видя это, ударомъ весла направляетъ ее въ сторону, и тонущій погибаетъ. *Изъ права нужды вытекаетъ юридическая обязанность субъекта низшаго интереса подчиниться, т. е. вообще не препятствовать спасительному дѣянію, и въ противномъ случаѣ, если установлена причинная связь* между воспрепятствованіемъ и послѣдовавшимъ вредомъ, *это лицо*, напримѣръ, лодочникъ *отвѣчаетъ за этотъ результатъ, при наличности умысла или неосторожности*[175]).

---

174) См. Bar, III, 245, 246. Oetker, V D II, 366, 377, Neubecker, 120, слѣд Ferneck, 84, 85, 148, 149.

175) Эткеръ, признавая это, не связываетъ отвѣтственности третьяго лица съ правомъ нужды и полагаетъ, что находящійся въ necessitas имѣетъ право *обороны* не только противъ того, кто препятствуетъ спасенію, но и противъ того, кто не устраняетъ уже существующаго препятствія, напр.: не открываетъ дверей ищущему спасенія отъ преслѣдующаго врага. Первое дѣяніе—delictum commissivum, второе—delictum commissivum per omissionem, оба представляютъ собою противоправное нападеніе. Но, поскольку 3-е лицо охраняетъ свое правовое благо, утвержденіе, что его дѣйствіе противоправно, вызываетъ возраженія; именно въ виду мотива охраны законнаго интереса, Ferneck (84) полагаетъ, что уголовная отвѣтственность за результатъ противодѣйствія, если оказывающій его предвидѣлъ или могъ предвидѣть тяжесть послѣдствій, должна быть все же смягчаема. Неправильно, далѣе утвержденіе, что не открывшій дверь отвѣчаетъ за delictum commissivum per omissionem: на немъ не лежала правовая обязанность предотвращать вредъ, она не вытекаетъ необходимо и изъ „права нужды“ (см. Neubecker, 128); для отвѣтственности за результатъ, при отсутствіи со стороны третьяго лица положительнаго дѣйствія, при неоказаніи помощи, нужно ввести спеціальное постановленіе; его рекомендуетъ Ferneck, 148, 149. для этихъ случаевъ и для случаевъ активнаго противодѣйствія спасенію отъ большой опасности, для послѣднихъ, повидимому, чтобы не примѣнялось обычное наказаніе за причиненіе результата. Contra Bar, 262, усматривающій въ выводѣ о наказуемости сопротивленія третьяго лица возраженіе противъ „права нужды“ (245, 246). Неправильно считаетъ это сопротивленіе ненаказуемымъ неоказаніемъ помощи Moriaud, 273 (когда, наприм.,

Часто ненаказуемость дѣянія при necessitas отрицаютъ въ томъ случаѣ, когда лицо, находящееся въ этомъ состояніи, *само* его *вызвало*[176] случайно, или по неосторожности, или умышленно, именно *съ намѣреньемъ* совершить преступленіе и сослаться затѣмъ на это состояніе. Но *только въ послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ признать дѣяніе наказуемымъ*, такъ какъ состояніе необходимости теряетъ самостоятельное значеніе и представляетъ собою только болѣе удобное въ глазахъ субъекта средство для совершенія преступленія. Что касается неосторожности, то ее правильнѣе относить не къ дѣянію, предпринимаемому въ состояніи необходимости, а

кто-либо отталкиваетъ лицо, желающее перерѣзать веревку, чтобы спасти повѣсившагося) (Ср. здѣсь выше, стр 417.

176) Это ограниченіе устанавливается § 54 герман. улож. (verschuldeter Nothstand) и ст 49, ч. 3 итальян. ул. („da un *periculo* grave o imminente alla persona, *al quale non aveva dato volontariamente causa*“) Но самое пониманіе этого условія весьма спорно: одни полагаютъ, что рѣчь идетъ о созданіи опасности (Monaud, 295—297; Bar, 266, 267; Oetker, 344), и предвидѣнья въ этотъ моментъ что ее можно будетъ устранить только преступнымъ дѣяніемъ, не требуется; другіе,—что предвидѣнье или возможность предвидѣнья должны относиться къ самому впослѣдствіи предпринимаемому преступному дѣянію (такъ большинство Meyer-Allfeld, 192, Liszt, 155, Таганцевъ, 554, Finger, I, 422, 423); Frank, 127, пытается соединить обѣ точки зрѣнія и кромѣ того придаетъ значеніе оправдывающему созданіе опасности основанію; сходно съ этимъ Bar, 268, слѣд. (придаетъ значеніе цѣли дѣйствія, создавшаго опасность полезной, или же преступной). По Oetker'у (344) „verschuldeter“ не означаетъ вины въ техническомъ смыслѣ; столь же неопредѣленно о „volontariamente dato causa“ Manzini, II, № 425—вопросъ не въ dolus и culpa, а въ томъ, что дѣйствіе должно быть „causa efficiente immediata“ опасности Обычно однако требуютъ именно виновности: лицо, *случайно* вызвавшее пожаръ, можетъ ссылаться на необходимость, если для своего спасенія совершитъ преступное дѣяніе (такъ Таганцевъ и друг. указ. выше); многіе подъ виною въ созданіи состоянія необходимости разумѣютъ только умыселъ (Berner, Lehrb., 106; Піонтковскій, 158, пр. 1, Познышевъ, § 182, Бѣлогрицъ-Котляр, 245, Florian, I, 423, Majno, Commento, al Cod. pen. (1911), 145, Wharton, § 96). Спорно далѣе, какое значеніе имѣетъ вина находящагося въ состояніи необходимости для спасательныхъ дѣйствій третьихъ лицъ, знающихъ объ этомъ, большинство германскихъ криминалистовъ допускаетъ ссылку на необходимость для третьихъ (близкихъ лицъ), что больше соотвѣтствуетъ субъективной теоріи необходимости, contra Frank, 128, Oetker, l. c. Иначе по поводу всего Binding, Handb., 777, слѣд.

къ опасности, изъ которой она возникла: такъ, раскачивающій изъ шалости лодку съ пассажирами на глубокомъ мѣстѣ, могъ бы превидѣть, если принять господствующее ученіе о неосторожности, не то, что придется спасаться не иначе, какъ посредствомъ гибели другого лица (напримѣръ, посредствомъ отнятія у него спасательнаго круга), а только, что лодка перевернется и возникнетъ опасность для жизни. Если онъ затѣмъ принужденъ будетъ отвратить опасность, отнявши у другого спасательный кругъ, и тотъ утонетъ, то подлежитъ отвѣтственности за неосторожное лишеніе жизни не потому, что совершилъ *это* дѣяніе—оно остается покрытымъ необходимостью, а потому, что совершилъ первое опрокинулъ лодку, т. е. создалъ условіе гибели пострадавшаго третьяго лица и этотъ результатъ могъ предвидѣть [177]). погибъ ли тотъ потому, что не успѣлъ надѣть круга, или не видѣлъ его, или потому, что его вырвали у него, и кто именно вырвалъ,—всѣ эти подробности причинности, развившейся изъ неосторожнаго перваго дѣянія, ничего не измѣняютъ въ отношеніи отвѣтственности за наступившую смерть въ волнахъ, которую раскачавшій лодку могъ предвидѣть, независимо отъ этихъ привходящихъ обстоятельствъ. Тѣмъ меньше основаній признавать и въ такихъ случаяхъ неосторожнаго созданія опасности *умышленное* причиненіе смерти и игнорировать состояніе необходимости, въ которомъ все-таки оказывается лицо, совершающее дѣяніе. Соображенія, въ силу которыхъ оно теряетъ виновный характеръ или же становится правомѣрнымъ, сохраняютъ свое значеніе. Конечно, если опасность вызвана случайнымъ дѣйствіемъ и для отклоненія ея субъектъ имѣетъ единственное средство—совершить преступное дѣяніе, то распространеніе на послѣднее льготы необходимости тѣмъ болѣе основательно [178]).

177) такъ согласно общепринятому взгляду на неосторожность, но скорѣе здѣсь слѣдуетъ признать luxuriam.

178) Обычность и неясность ограниченія необходимости приведеннымъ условіемъ невиновности побудила новѣйшіе кодексы и проекты отказаться отъ него. См. Объясненія къ нашему Угол. Улож. I 381; Begrund. къ GE., 40, Frank, Reform, I, 264, Goldschmidt, 51.

XI. Въ постановленіяхъ дѣйствующихъ законодательствъ о крайней необходимости наблюдается большое разнообразіе. Одни постановленія представляютъ собою продуктъ *субъективной* теоріи, которая въ старыхъ кодексахъ проявляется въ формѣ сведенія необходимости къ непреодолимому принужденію, въ болѣе новыхъ—получаетъ болѣе совершенное выраженіе; другія постановленія проводятъ въ большей или меньшей степени точку зрѣнія *объективную* и пользуются *принципомъ преобладающаго интереса*.

Къ *первой* группѣ и къ первому ея типу принадлежатъ ст 64 франц. код, 71 бельгійскаго, 40 голландскаго, § 2, lit. g. австрійскаго, и *ст. 100* нашего *Ул. о нак*., гласящая: „Учинившему противозаконное дѣяніе вслѣдствіе непреодолимаго къ тому отъ превосходящей силы принужденія и токмо для избѣжанія непосредственно грозящей его жизни и въ то самое время неотвратимой другими средствами опасности, содѣянное имъ также не вмѣняется въ вину". Такимъ образомъ, *по ст. 100, ссылка на необходимость допустима только при опасности для жизни и только своей*, но не другихъ лицъ. Шире истолковывается ст. 64 Code pénal, благодаря меньшей ея опредѣленности. „Нѣтъ ни преступленія, ни проступка, когда обвиняемый во время совершенія дѣянія находился въ состояніи безумія или когда онъ былъ принужденъ силой, которой онъ не могъ сопротивляться", говоритъ эта статья, распространяемая и на случаи психическаго принужденія, угроза должна быть серіозной, наличной, непредвидѣнной и противозаконной. Достаточно, чтобы грозило тѣлесное поврежденіе или даже денежная потеря, при томъ или самому совершающему подъ угрозой преступное дѣяніе, или его близкимъ [179]).

Къ законодательствамъ второго типа первой группы принадлежатъ итальянское и германское. Ст. 49-ая итальян. ул. гласитъ: „Не подлежитъ наказанію тотъ, кто совершилъ дѣяніе, будучи (п. 3) вынужденъ необходимостью спасти

---

[179]) См. Garçon, art. 64, № 117. На этомъ основаніи практика признавала ненаказуемыми случаи незаконнаго врачеванія, вызваннаго необходимостью (ib., № 127); Garçon относитъ сюда и перфорацію и прерваніе беременности, а также хирургическую операцію (№ 125).

себя или другого отъ опасности важной и угрожающей лицу, которой нельзя было избѣгнуть иначе и которой онъ самъ не вызвалъ“ [180]). Эта статья говоритъ о другихъ, а не только о близкихъ; съ другой стороны,—объ опасности только для личнаго блага, но не имущественнаго или иного. Къ личнымъ благамъ Манцини [181]) относитъ и честь, и стыдливость, но при условіи, если опасность велика (grave); онъ полагаетъ, напримѣръ, что дѣвушка можетъ безнаказанно использовать чужую одежду (furtum usus въ Италіи наказуемое дѣяніе), когда у нея во время купанія вѣтеръ унесъ платье Согласно § 54 герм улож., „дѣяніе кромѣ случая обороны, непреступно, если оно совершено въ состояніи необходимости, не вызванномъ виновнымъ образомъ и не устранимомъ инымъ способомъ, для спасенія отъ наличной опасности для жизни или тѣла субъекта дѣянія или его близкихъ“. Сходное постановленіе о психическомъ (и физическомъ) принужденіи содержитъ § 52, дающій перечень близкихъ лицъ.

Гражданское улож. Германіи содержитъ кромѣ того постановленія о поврежденіи или уничтоженіи чужой, грозящей опасностью вещи (§ 228), а также о воздѣйствіи вообще на чужую вещь, необходимомъ для устраненія наличной опасности (§ 904) § 228 ставитъ условіемъ, чтобы причиняемый вредъ не находился внѣ соразмѣрности съ опасностью; дѣяніе признается непротивоправнымъ; обязанность возмѣщенія вреда устанавливается только въ случаѣ, когда въ созданіи опасности виновенъ самъ причиняющій для ея устраненія вредъ. § 904 вводитъ *право нужды*: собственникъ вещи не въ правѣ препятствовать воздѣйствію на нее при необходимости при условіи, если угрожающій вредъ несоизмѣримо больше вреда, причиняемаго собственнику этимъ воздѣйствіемъ“ [182]).

---

[180]) Законъ прибавляетъ: „volontariamente“, см объ этомъ выше, прим. 176

[181]) Manzini, II, № 423

[182]) Frank (Коммент., 283, 339, 553) отмѣчаетъ еще нѣкоторые случаи необходимости, предусмотрѣнные въ особенной части герман. угол. кодекса, а именно: при ложномъ показаніи подъ присягой, данномъ свидѣтелемъ или экспертомъ для устраненія опасности уголов-

Принципъ преобладающаго интереса нашелъ для себя примѣненіе въ нашемъ *Угол. Ул., во 2-ой ч. 46 ст.*, Норвежскомъ и Японскомъ кодексахъ. Ст. 46 Угол. Ул. гласитъ „Не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное для спасенія собственной жизни или жизни другого лица отъ опасности, которая произошла вслѣдствіе угрозы, незаконнаго принужденія или иной причины и которая была неотвратима въ то самое время другимъ средствомъ.—Не почитается также преступнымъ дѣяніе, учиненное для спасенія *здоровья, свободы, цѣломудрія или иного личнаго или имущественнаго блага своего или другого лица* отъ опасности, которая произошла вслѣдствіе угрозы, незаконнаго принужденія или другой причины и которая была неотвратима въ то самое время другимъ средствомъ, *если учинившій дѣяніе имѣлъ достаточное основаніе считать причиняемый имъ вредъ маловажнымъ сравнительно съ охраняемымъ благомъ.*—Изложенныя постановленія не примѣняются въ тѣхъ случаяхъ, когда самое уклоненіе отъ опасности составляетъ преступное дѣяніе".

§ 47 Норвежск. улож. также говоритъ о спасеніи имущества и о спасеніи благъ третьихъ лицъ и требуетъ, чтобы обстоятельства давали право субъекту разсматривать отвращаемую опасность, какъ особенно большую сравнительно съ вредомъ, который могъ быть причиненъ его дѣяніемъ. *Объективный масштабъ при этомъ сравненіи опредѣленно указывается Японскимъ улож.* (§ 37, ч. 1), но и при превышеніи, при эксцессѣ, суду предоставляется смягчить наказаніе или даже совсѣмъ отъ него освободить.

Разнообразнѣе отличаются и постановленія новѣйшихъ проектовъ [183]) швейцарскій предваритъ. проектъ 1908 г. (ст. 27) говоритъ объ опасности для жизни, здоровья, свободы, чести, имущества; ан-

---

наго преслѣдованія его въ результатѣ вѣрнаго показанія (§ 157), далѣе при умышленномъ причиненіи общеопаснаго наводненія, если дѣяніе было направлено на защиту своей собственности (§ 313, ч. 2), наконецъ, при оскорбительныхъ выраженіяхъ, употребленныхъ для защиты своихъ правъ или огражденія правовыхъ интересовъ (§ 193); по § 193, дѣяніе при извѣстныхъ условіяхъ ненаказуемо; по § 313 и 157 § — наказаніе значительно мягче. Это случаи Eidesnotstand, Ehrennotst., Eigenthumsnotstand.

[183]) См. у Goldschmidt'a, op. c., приложеніе.

стрійскій правительственный проектъ (§ 10)—объ опасности для тѣла, свободы или имущества, германскій предв. (§ 67)—объ опасности для личности или имущества, но при дальнѣйшемъ обсужденіи проекта было сначала принято рѣшеніе ограничить кругъ благъ „жизнью и тѣломъ", а затѣмъ, при второмъ чтеніи, снова допущено спасеніе любого блага; тогда же введено условіе невиновности въ созданіи необходимости, условіе, отброшенное другими проектами. Принципъ преобладающаго интереса принятъ въ объективной формулировкѣ австрійскимъ правит. и германскимъ предварит. проектами (оба говорятъ о предотвращеніи вреда несоизмѣримо большаго, чѣмъ причиняемый); съ субъективной окраской тотъ же принципъ въ швейцарскомъ предварит. проектѣ. „если по обстоятельствамъ случая нельзя было допустить, что субъектъ пожертвуетъ угрожаемымъ благомъ", но и въ противномъ случаѣ этотъ проектъ предоставляетъ судьѣ смягчать наказаніе по его усмотрѣнію. Комиссіонный германскій проектъ требуетъ, чтобы причиняющій вредъ чужимъ правамъ взвѣшивалъ сообразно съ долгомъ (pflichtmässig) интересы противной стороны (die sich gegenüberstehenden Interessen).

D. Модальности (формы проявленія) преступнаго дѣянія.

ГЛАВА XV.

Преступная дѣятельность, не приведшая къ результату.

I. Понятіе оконченнаго преступленія и стадіи дѣятельности, ему предшествующія II. Приготовленіе: 1. приготовленіе и обнаруженіе умысла; 2. вопросъ о наказуемости приготовленія III. Покушеніе: 1. отграниченіе отъ приготовленія въ положительномъ правѣ. 2. различное обоснованіе наказуемости покушенія и различныя формулы его въ теоріи, точки зрѣнія субъективныя, объективныя и смѣшанныя; 3. оцѣнка ихъ. IV. Наказуемость покушенія сравнительно съ оконченнымъ преступленіемъ. 1 положеніе вопроса въ законодательствахъ и въ наукѣ; 2. вліяніе на наказуемость дѣленія покушенія на виды: оконченное, неоконченное, неудавшееся преступленіе; 3. вліяніе на наказуемость покушенія важности деликта, 4 вліяніе на наказуемость добровольной остановки и предотвращенія результата. V. Вопросъ о негодномъ покушеніи. 1. крайняя субъективная теорія; 2. крайняя объективная теорія, 3. теорія абсолютно и относительно негоднаго покушенія; 4. теорія, разграничивающая случаи сознательнаго и случайнаго примѣненія негоднаго средства, различныя модификаціи этой теоріи, въ особенности. a теорія Колера, b. теорія, придающая значеніе выбору негоднаго средства по суевѣрію или крайнему невѣжеству; наше законодательство; 5. теорія, различающая опасное и безопасное покушеніе 6. рѣшеніе вопроса о негодности средства de lege ferenda; 7. негодность объекта: a. господствующій взглядъ, b. субъективная теорія и ученіе о „Mangel am Tatbestand“, c. теорія абстрактной опасности покушенія; d. попытки рѣшенія вопроса на основаніи уголовно-политич. соображеній; e. теорія, придающая значеніе ошибкѣ въ правѣ; f. вопросъ о негодности объекта de lege ferenda. VI. Спорные вопросы о возможности покушенія при нѣкоторыхъ видахъ преступной дѣятельности, въ зависимости отъ субъективныхъ и объективныхъ чертъ ея.

Литература Особенно важны статьи *Frank*'а въ V. D. V, 163, слѣд. *Finger*'а и *Schoetensack*'а въ Festschrift fur Binding, I, (1911 г.), 257 и 375. *Dohna* въ Festgabe fur Guterbock (1910 г.), 35; далѣе *Bar*, II, 487; *Kohler*, Studien I. *Gallet*. La notion de la tentative punissable 1899. *Seuffert*, въ Mittheil. I. K V., Хт. *M. Mayer* въ Reform, I, 331 *Мокринскій*, Наказаніе, III. *Набоковъ*, Сборникъ статей, (1904 г.), 70—86, *Baumgarten*. D. Lehre v. Versuche des Verbrechens, 1888. *Iammasch* D. Moment objektiver Gefahrlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches 1879. Klee. Wille und Erfolg in d. Versuchslehre 1898 *Хейфицъ*, въ Ж. М Ю, 1904 г. № 5. *H Meyer*. Anfang der Ausfuhrung 1892. *Колоколовъ* Къ ученію о покушеніи. 1884 г. *Overbeck* Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte d modernen Strafrechtslehre. 1909. Изъ старой литер. *Zacharia*. D Lehre v. Versuch der Verbrechen, 1836 г. Кромѣ того къ ц. IV, 2. *J. Goldschmidt*. D. Lehre v unbeendigten und beendigten Versuch 1895 Къ ц. IV, 4. *Herzog*. Rucktritt vom Versuch und thatige Reue 1899. Къ ц. V. *Delaquis* D. untaugliche Versuch und d Wahnverbrechen. 1904 г. *Saleilles*, въ Revue pénitent. 21 т, 1897 г, 53, 321. *Kriegsmann*. Wahnverbrechen und untauglicher Versuch. 1904. Статьи *Geyer*'а и *Buri* въ Z. I (1881), 30 и 185, и Oetker'а въ Z 17 т., 53, *Грегуброва* въ Ж М. Ю. 1899 г. № 2. Друг литер указ. см. въ примѣч

I. Преступленіе представляется оконченнымъ (delictum consummatum) при наличности въ совершенномъ дѣяніи всѣхъ признаковъ состава этого преступленія, при матеріальныхъ деликтахъ—въ моментъ наступленія результата, предусмотрѣннаго въ законѣ. Въ зависимости отъ обрисовки состава въ данномъ кодексѣ, моментъ оконченнаго преступленія то отодвигается, то приближается, такъ какъ законодатель можетъ связывать наказаніе съ опредѣленнымъ поведеніемъ, если даже отъ него не послѣдовалъ дѣйствительный вредъ, такъ: для оконченнаго подлога, согласно нашему Ул. о нак, достаточно подчистки въ документѣ или подписанія его чужимъ именемъ, хотя бы изъ документа не было сдѣлано никакого употребленія и никто отъ этого не пострадалъ; германскій и французскій кодексы признаютъ оконченнымъ отравленіемъ самое введеніе яда въ организмъ, хотя бы смерть и не послѣдовала, тогда какъ по Улож. о нак. это только покушеніе на квалифицированное убійство.

Современныя законодательства, въ томъ числѣ наше Угол. Улож., не даютъ опредѣленія оконченнаго преступленія. Такое опредѣленіе содержится въ 10 ст. Улож. о нак: „Преступленіе почитается оконченнымъ, когда въ самомъ

дѣлѣ послѣдовало предпамѣренное виновнымъ или же иное отъ его дѣйствій зло". Недостатки этого опредѣленія заключаются въ требованіи, чтобы наступилъ вредъ—„зло", и въ признаніи достаточнымъ и иного, какого-бы то ни было зла, т. е., строго говоря, и случайнаго его причиненія дѣйствіемъ, направленнымъ на другой результатъ.

Но и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ законъ требуетъ для delictum consummatum наступленія результата, законодатель можетъ особымъ постановленіемъ признать наказуемою и самую дѣятельность, направленную на этотъ результатъ, и такимъ образомъ настигнуть преступленіе на его пути („crimen in itinere"). Вопросъ можетъ заключаться только въ томъ, всѣ ли стадіи этой дѣятельности заслуживаютъ репрессіи и какой именно?

Отъ чисто внутренняго процесса сформированія умысла до момента окончанія преступленія логически возможно различать слѣдующіе этапы, которые проходитъ субъектъ преступнаго дѣянія:

1) *обнаруженіе умысла*, т. е. внѣшнее выраженіе его на словахъ или на письмѣ, напримѣръ въ дневникахъ, въ корреспонденціи, или даже въ дѣйствіяхъ, но такихъ, которыя не могутъ быть отнесены къ категоріямъ, указываемымъ ниже, по отсутствію характерныхъ для послѣднихъ признаковъ;

2) *приготовленіе* къ преступленію, опредѣляемое иногда, напр. Угол Ул. (ст. 50), какъ *пріобрѣтеніе или приспособленіе средствъ* для приведенія въ исполненіе умышленнаго преступнаго дѣянія, или же—такъ Улож. о нак. въ ст. 8-ой,—какъ пріисканіе или пріобрѣтенье средствъ. Но съ одной стороны, приготовительныя дѣйствія могутъ быть выполняемы и лицомъ, которому не приходится пріобрѣтать средства для преступленія и которое ихъ уже имѣетъ; дѣятельность его выразится въ приведеніи ихъ въ состояніе, годное для умышляемаго дѣйствія, напр. въ чисткѣ или заряженіи ружья, въ оттачиваніи топора для убійства, для кражи со взломомъ; съ другой стороны, уже *пріисканье* средства, хотя бы пока безуспѣшное, слѣдуетъ разсматривать, какъ приготовленіе. Въ частности къ приготовленію относятъ подыскиванье соучастниковъ или убѣжища для сокрытія плодовъ преступленія, обезпеченіе себѣ ложнаго доказатель

ства alibi (нахожденія въ другомъ мѣстѣ въ моментъ преступленія), прибытіе на мѣсто, гдѣ должно быть совершено преступное дѣяніе;

3) *покушеніе*, т. е приступъ къ самому преступному дѣянію.

Обнаруженіе умысла, поскольку оно не представляетъ собою угрозы, наказуемой, какъ самостоятельный деликтъ, и приготовленіе признаются ненаказуемыми, послѣднее—за нѣкоторыми исключеніями.

II. Въ приготовительныхъ дѣйствіяхъ, съ одной стороны, невсегда распознаваемъ опредѣленный преступный умыселъ [1]): покупка яда можетъ имѣть цѣлью отравленіе не человѣка, а мышей, или приготовленіе краски: пріобрѣтеніе плана чужой усадьбы можетъ служить приготовленіемъ къ весьма различнымъ преступленіямъ: къ убійству, увозу дѣвицы для вступленія съ нею въ бракъ противъ воли родителей, къ кражѣ, или къ дѣянію непреступному—свиданію съ возлюбленной. Вмѣшательство государства съ тяжеловѣснымъ карательнымъ аппаратомъ могло бы безъ нужды стѣснить гражданъ въ сферѣ, часто лишенной преступнаго характера, повести къ доносамъ, розыскамъ, которые могли бы во многихъ случаяхъ только дискредитировать полицейскіе и судебные органы [2]). Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда умыселъ на опредѣленное преступленіе распознаваемъ, преступное настроеніе не достигаетъ при приготовительныхъ дѣйствіяхъ той степени энергіи, той интенсивности [3]), которая свидѣтельствовала бы о необходимости принятія мѣръ противъ данной личности: въ сферѣ преступленія, какъ и въ другихъ областяхъ жизни, между приготовленіемъ и приступомъ къ дѣйствію лежитъ цѣлая пропасть [4]). Сколько

1) Hélie (Chauveau et Hélie), I, 368; Vidal, № 93 „equivocità" дѣянія, по выраженію Carrara.

2) Stooss, 116, Bar, II, 515, Gallet, № 72.

3) Злоба впервые созрѣваетъ въ дѣяніи, говоритъ Шекспиръ въ „Отелло", см. у Bar, II, 569, пр. 153.

4) Hélie op. c., I, 369, Merkel-Liepm., 149, слѣд., Manzini, II, 361: „только приступивъ къ выполненію, человѣкъ можетъ сказать: alea jacta est". На полезное уголовно-политическое значеніе ненаказуемости приготовленія, какъ стимула къ отказу отъ дѣянія, указываетъ Prins, №№ 213, 214. Сходно Rossi, II, 120, слѣд.

людей собиралось путешествовать или держать экзамены! Дѣлались приготовленія, покупали чемоданы, заказывали паспорты, и оставались дома: пріобрѣтались книги, ихъ читали, изучали, но до экзаменовъ не доходило. Множество преступленій также остается въ области проектовъ. И съ объективной стороны приготовительныя дѣйствія не только не причиняютъ вреда, но обыкновенно не создаютъ и безпокойства и не ставятъ блага въ опасность [5]).

Еще въ большей степени оба послѣднихъ соображенія примѣнимы къ обнаруженію умысла [6]). Поэтому наказуемость послѣдняго, встрѣчавшаяся въ старыхъ законодательныхъ памятникахъ [7]), а также въ нашемъ Ул. о нак. при государственныхъ преступленіяхъ, нынѣ исчезла изъ кодексовъ, и положеніе „cogitationis poenam nemo patitur“ [8]) пріобрѣло значеніе аксіомы [9]) Съ замѣной постановленій Ул. о нак. о государственныхъ преступленіяхъ [10]) Угол. Уложеніемъ 1903 г., это начало проведено и у насъ, и ст. 111 Ул. о нак., говорящая о наказуемости обнаруженія умысла въ случаяхъ, особо указанныхъ въ законѣ, утратила практическое значеніе.

Твердо стоитъ въ наукѣ и положеніе о ненаказуемости приготовленія, но здѣсь допускаются исключенія: иногда приготовительныя дѣйствія, безотносительно къ конечной преступной цѣли, представляются нетерпимыми, имѣющими вредный или опасный характеръ; они караются тогда, какъ

5) Опасность усматриваетъ и въ приготовленіи Rossi, II, 125, онъ рекомендуетъ полицейскія мѣры (123) если въ приготовленіи изобличается профессіональный преступникъ или бродяга: „вся ихъ жизнь есть приготовительный актъ къ преступленію“, говоритъ Rossi, имѣя такимъ образомъ въ виду не опасность дѣянія, а „опасное состояніе“ личности. За наказуемость приготовленія при этомъ условіи также Garofalo, 351.

6) Краснорѣчиво объ этомъ Rossi, II, 135. Къ обнаруженію умысла Таганцевъ, въ согласіи съ Миттермайеромъ, относитъ и приготовленіе (I, 683).

7) См. у Vidal'я, 145, пр 1; такъ же Jousse.

8) l. 18 D. de poenis, 48, 19 (Ульпіанъ).

9) Въ широкомъ объемѣ наказуемо, впрочемъ, приготовленіе, согласно § 45 Датскаго улож. 1866 г.

10) Ст. 241—244, 249, 250, 253

самостоятельное преступное дѣяніе, какъ delictum sui generis, а не, какъ приготовленіе къ одному изъ преступленій, къ которымъ они, можетъ быть, служатъ ступенью. Таковы, напр., у насъ храненіе взрывчатыхъ веществъ, (987[1] ст. Ул. о нак.), продажа ядовъ безъ установленнаго разрѣшенія, ношеніе оружія (104[1], 117 Уст. о нак.) и т. п. Но кромѣ того приготовленіе иногда наказывается, какъ таковое, а не какъ delictum sui generis· такъ, у насъ приготовленіе къ убійству, къ поджогу, къ поддѣлкѣ монеты или государственныхъ кредитныхъ билетовъ (1457, 1611, 559 и 573 Ул. о нак.); впрочемъ, двѣ послѣднихъ статьи, перечисляя нѣкоторыя приготовительныя дѣйствія, какъ выдѣлка или доставка орудій поддѣлки, не называютъ ихъ приготовленіемъ и караютъ наравнѣ съ поддѣлкой. Соотвѣтственно съ этими двумя формами репрессіи приготовительныхъ дѣйствій, ст. 112 Ул. о нак. (въ общей части) караетъ приготовленіе, если сами средства были противозаконныя, т е. пріобрѣтенье ихъ или ихъ наличность составляетъ delictum sui generis, или же, если наказаніе за приготовленіе особо опредѣлено въ законѣ (случаи 1457 и 1611 ст.); третье предположеніе ст. 112: „если самое пріобрѣтенье средствъ было соединено съ опасностью для какого-либо частнаго лица, или многихъ, или всего общества“,—съ одной стороны, слишкомъ растяжимо и способно привести къ признанію наказуемымъ любого приготовленія[11]), съ другой стороны, лишено практическаго значенія, такъ какъ законъ не указываетъ, какое наказаніе должно быть тогда примѣнено[12]). Опасность средства, какъ и его противозаконность разсматриваются 112 ст., какъ увеличивающія вину обстоятельства при приготовленіи. По Угол. Ул. карается приготовленіе къ важнѣйшимъ государственнымъ преступленіямъ (см. ст. 101 и 105; ср. ст. 113 и 113[1]).[13])

III—1. Область наказуемаго начинается совершеніемъ дѣйствій, относящихся къ категоріи покушенія. Если это по-

1) Кистяковскій, 493.

12) Таганцевъ, I, 688, 689

13) Сходно германское и бельгійское улож. Ст. 431 и 457 Угол. Ул. 1903 г., не введенныя въ дѣйствіе, караютъ приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты и цѣнныхъ бумагъ и къ убійству.

ложеніе пользуется общимъ признаніемъ въ литературѣ и законодательствахъ, то въ отношеніи границы, отдѣляющей покушеніе отъ приготовленія, основаній наказуемости перваго и ея размѣровъ среди ученыхъ существуетъ разногласіе.

Извѣстную точку опоры при разграниченіи даетъ *отрицательный признакъ* [14]). покушеніе есть дѣйствіе, выходящее за предѣлы приготовленія, признаки котораго очерчены выше, представляющее собою нѣчто большее, но не достигшее и стадіи окончанія деликта. Законодательства, по образцу французскаго кодекса, заимствовавшаго свое постановленіе изъ законодательства четвертаго года первой республики (законъ 22 преріаля IV года), опредѣляютъ покушеніе *положительнымъ признакомъ. покушеніе есть начало исполненія умышленнаго преступнаго дѣянія* [15]). Такое опредѣленіе принято и нашими Улож. о нак. (ст. 9) и Угол. Ул. (ст. 49), содержащими, впрочемъ, нѣкоторое отступленіе отъ указанной формулы, относящееся къ характеру умысла при покушеніи (см. ниже) [16]).

2. Но въ литературѣ вопроса часто находятъ признакъ „начало исполненія" неопредѣленнымъ [17]) и стараются за-

14) Такъ Сергѣевскій, 285; Prins, № 215; Garraud, 1, 376; Bar, II 516.

15) Art 2 Code pénal: „Toute tentative de crime, qui a été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n' a pas été suspendue ou si elle n'a manqué son effet, que par des circonstances independantes de la volonté de son auteur, est considérée comma le crime même". Art 61 Итальянск. улож. „Colui che, a fine di commettere un delitto ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione"... § 43 германск. улож.: „Wer den Entschluss ein Verbrechen oder Vergehen zu veruben durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat"... О „дѣйствіи, коимъ субъектъ *намѣревался* начать исполненіе", говоритъ Норвежское улож. (§ 49); такимъ образомъ, дѣйствіе должно быть началомъ исполненія съ точки зрѣнія субъекта; это пріобрѣтаетъ значеніе въ вопросѣ о негодномъ покушеніи.

16) Улож. о нак., ст. 9: „дѣйствіе коимъ начинается или продолжается приведеніе злого намѣренья въ исполненіе". Уг. Ул., ст. 49: „Дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе дѣянія, учиненія коего желалъ виновный, не довершеннаго по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему, почитается покушеніемъ.

17) Такъ особенно Buri, Causalit. (1885 г.), 118, и Seuffert, op. c., X, 462. Сергѣевскій, 284, и прежде Liszt, ср 207 стр. 20 изд.

мѣнить его болѣе точнымъ, или же отказываются отъ проведенія границы между покушеніемъ и приготовленіемъ, предпочитая и второе относить къ отдаленному покушенію—conatus remotus старой доктрины—и вмѣстѣ съ тѣмъ предоставляя суду право освобождать отъ наказанія за такое покушеніе, при чемъ самое разграниченіе покушенія отдаленнаго и близкаго (conatus propinquus) также предоставляется суду, на основаніи всѣхъ обстоятельствъ отдѣльнаго случая [18]) Этотъ взглядъ не встрѣчаетъ, впрочемъ, сочувствія у громаднаго большинства криминалистовъ, такъ какъ оставляетъ судъ безъ руководящаго принципа при рѣшеніи столь важнаго вопроса, какъ наказуемость или ненаказуемость даннаго дѣйствія.

Что же касается иныхъ признаковъ покушенія, которыми стремятся замѣнить признакъ „начало исполненія“ или ближе опредѣлить его, то предлагаемыя формулы тѣсно связаны съ различіемъ во взглядахъ на самое основаніе наказуемости предварительной, не завѣнчавшейся результатомъ преступной дѣятельности.

Въ то время, какъ одни усматриваютъ это основаніе въ преступной волѣ, и дѣяніе служитъ только болѣе надежнымъ симптомомъ ея интенсивности, или твердости, или же опасности субъекта (*субъективныя* теоріи) [19]), другіе придаютъ внѣшнему дѣйствію самостоятельное значеніе и полагаютъ, что оно важно не только, какъ выраженіе преступнаго настроенія вовнѣ, но и само по себѣ, какъ частичное осуществленіе намѣренья [20]), или частичное проявленіе объективнаго состава[21]); или, какъ фактъ, создающій

---

18) Сергѣевскій, 285.

19) Buri, Causal, 132, Lammasch, 34; Seuffert, op c., 464. Buri, l. c, Garraud, I, 366 и Garofalo, 343, говорятъ объ *опасности воли*; проф. Познышевъ объ опасности субъекта (356), о послѣдней, *но и объ опасности дѣянія*—Liszt, § 46—I, 3

20) Geyer въ Z. I (1881 г), 42; Binding, Normen, I, 376.

21) Allfeld, 215, пр. 22; M. Mayer, Reform, I, 335, 336. Сходно Schoetensack, полагающій, что норма о покушеніи (Versuchsnorm) запрещаетъ болѣе ранній результатъ, чѣмъ тотъ, причиненіе котораго запрещено нормой о совершеніи (Vollendungsnorm), поэтому дѣяніе должно дать этотъ первый результатъ, т. е. съ *объективной* точки зрѣнія представлять собою начало исполненія (op c, I, 379, слѣд.).

опасность для правового блага [22]) или правопорядка, [23]) или вызывающій безпокойство въ обществѣ, [24]) или производящій впечатлѣніе [25]) *(объективныя теоріи)*.

Поэтому покушеніемъ признается:

1) или всякое дѣйствіе, въ которомъ проявляется твердая или ясно распознаваемая воля [26]) совершить опредѣленное преступленіе, или изъ котораго можно сдѣлать только одинъ выводъ о намѣреньи преступника, (univocita, по выраженію Каррара), [27]) или которое представляется подозрительнымъ (Чебышевъ-Дмитріевъ), [28]) или имѣетъ свойство уголовно-компрометирующаго по общему правилу (Мокринскій), [29]) сходны и другія формулы *субъективной* теоріи;

2) или дѣйствіе, представляющее собою: a) нападеніе на объектъ [30]); b) или причину или возможную причину

---

22) Liszt, l. c., Finger, Festschr. f. Bind., I, 314–317, Dohna, op. c. 55, слѣд.

23) Kohler, Stud., I, 24.

24) Saleilles, 87 (trouble sociale), сходно Frank, V. D. V., 170—172, 267, нарушеніе правового мира—Rechtsfrieden.

25) Bar, II, §§ 273–275, ср. ниже, здѣсь прим. 36. О впечатлѣніи опасности, какъ моментѣ, обосновывающемъ наказуемость покушенія говоритъ Lammasch, 34. Не въ опасности дѣянія, а въ наличности въ покушеніи нарушенія нормы видятъ этотъ моментъ Halschner, I, 352, 353; Manzini, II, 353, 354.

26) Lammasch, l. c., Seuffert, l. c. (ernsthafte Bethätigung des Entschlusses); Kohler, Leitfad., § 27—VII. Kohler даже относитъ вопросъ о покушеніи къ главѣ „Преступленіе, какъ *виновное* поведеніе“). Hälschner, I, § 145, Buri, op. c., 119 (воля, распознаваемая въ связи съ сопровождающими обстоятельствами), и ранѣе Köstlin, System, § 84.

27) Такъ и Garraud, I, 366, прибавляя: „и когда воля опасна“; Garofalo, 343; о позднѣйшей точкѣ зрѣнія Carrara см. Majno, Commento, art. 61, № 293.

28) О покушеніи (1866 г.), 85, слѣд.

29) Наказаніе, III, 434, слѣд., «и когда, прибавляетъ проф. Мокринскій, дѣйствіе дѣлаетъ умыселъ явнымъ, по условіямъ быта, состава преступленія и способа выполненія»; авторъ находитъ, что именно тогда дѣяніе объективно опасно (437, пр. 1), и не относитъ своей теоріи къ субъективнымъ.

30) Baumgarten, 388, слѣд. M. Mayer, Reform, I, 334, Познышевъ, § 216, опредѣляя, впрочемъ, нападеніе, какъ начало причиненія, и усматривая въ немъ опасность субъекта.

результата [31]); или c) опасное для правового блага [32]); d) или осуществляющее частично составъ преступленія [33]); или e) служащее началомъ исполненія дѣятельности, описанной въ законѣ (Ausführungshandlung) [34]) или f) дѣйствіе, прямо и непосредственно направленное на исполненіе [34a]), и т. п.

Таковы важнѣйшія формулы *объективной* теоріи. Иногда соединяютъ нѣкоторыя основанія послѣдней съ основаніями субъективной теоріи, и на этой почвѣ предлагаются *смѣшанныя* формулы [35]). Такова одна изъ новѣйшихъ формулъ, принадлежащая Бару [36]). покушеніе есть дѣйствіе, которое, по его обнаруженіи, представляется проектированнымъ (geplantes) преступленіемъ, если при томъ можно заключить, что субъектъ довелъ бы свою дѣятельность до конца. Первая часть оттѣняетъ объективный моментъ — впечатлѣніе отъ дѣянія, вторая — субъективный — твердость преступной воли.

3 Въ дѣйствительности однако эти формулы ничуть не точнѣе формулы „начало исполненія“ и даже уступаютъ послѣдней въ опредѣленности и въ то же время, по крайней мѣрѣ нѣкоторыя, или слишкомъ расширяютъ область покушенія, или же слишкомъ ее ограничиваютъ; при этомъ часто болѣе точную границу между покушеніемъ и приготовленіемъ стараются установить на почвѣ многочисленныхъ

---

31) О покушеніи, какъ о дѣйствіи, находящемся въ отношеніи причинности къ намѣченному результату говорятъ Hälschner, I, 341; Birkmeyer, Theilnahme (1890 г.), 96, Wharton, I, 205, Manzini, II, 362 (къ покушенію относятся elementi causali effettivi, къ приготовленію — elementi causali potenziali). Абстрактную причинность, т. е. въ сущности опасность, имѣютъ въ виду Feuerbach, Lehrb., § 42; Kohn, въ G. Arch., XXVIII, 368, (causale Potenz).

32) Такъ указанные въ прим. 22-омъ.

33) Такъ указанные въ примѣч. 20-мъ.

34) Zachariae, § 108, Liszt, I, § 46—III и § 31—I (повидимому, de lege lata), Stooss, 119; Ortolan, I, № 1012 (acte constitutif), Vidal, № 97; Laborde, № 95. Сходно Allfeld, 1 с. и 211; Таганцевъ, № 165.

34a) Такъ франц. кассац. судъ (Garraud, I, № 199); австр. правит. проектъ (§ 13); Harris, Princ., 14.

35) Такъ уже и нѣкоторые изъ указанныхъ выше, напр.: Garraud, Kohler.

36) Bar, II, 500, и слѣд., особ. 514.

примѣровъ, относящихся къ различнымъ видамъ преступленія, перенося въ итогѣ центръ тяжести вопроса въ особенную часть. Различныя попытки субъективной и объективной теоріи доказываютъ только невозможность уложить въ точныя рамки абстрактныхъ формулъ все разнообразіе выдвигаемыхъ жизнью случаевъ [37]), отмежевать понятія рѣзкими гранями, нигдѣ не оставляющими сомнѣній о принадлежности дѣйствія къ области покушенія или приготовленія [38]), но, если иногда и возникаютъ затрудненія въ этомъ отношеніи, то все же для массы случаевъ „начало исполненія“ указываетъ моментъ наказуемаго дѣйствія съ достаточной для судебной практики опредѣленностью, о чемъ свидѣтельствуетъ сравнительно ничтожное количество разъясненій высшихъ судовъ по этому вопросу какъ у насъ, такъ и въ другихъ государствахъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ именно моментъ начала исполненія обосновываетъ выдѣленіе изъ предварительной преступной дѣятельности той области, гдѣ примѣненіе наказанія находитъ достаточное для себя объясненіе: въ этотъ моментъ преступное настроеніе не только достигаетъ того напряженія, которое позволяетъ личности сдѣлать рѣшительный шагъ на пути къ осуществленію умысла, но и приходитъ въ столь близкое соприкосновеніе съ чужими правоохраненными интересами, что для послѣднихъ возникаетъ опасность вреда; такимъ образомъ въ этотъ моментъ на лицо и субъективныя, и объективныя основанія для выступленія государства съ оружіемъ наказанія въ защиту угрожаемыхъ интересовъ, т.-е тѣ же основанія, въ силу которыхъ государство вообще относитъ дѣянія къ категоріи преступныхъ [39]).

Субъективныя теоріи безъ достаточнаго основанія отри-

---

37) Finger, Festschr, 309 M. Mayer, Reform, I, 334; Frank, V. D., V, 188; Garçon, art. 3, №№ 44 и 51; Stephen, 40.

38) Ср. замѣчаніе по этому поводу Merkel'я (Merk.-Liepm.), 152: „Наши теоретическія разграниченія имѣютъ сходство съ границами на картѣ; опредѣленность и наглядность ихъ линій не повторяется въ природѣ“. Рѣзкія замѣчанія о нѣмецкихъ теоріяхъ покушенія у Manzini, II, 361, пр. 1

39) Stooss, § 39; Merkel-Liepmann, 146, Meyer-Allfeld, 206, пр. 3 Liszt, § 46—I, 3.

дають значеніе свойства самаго дѣйствія въ покушеніи и, оперируя только съ объективированіемъ преступной воли, дѣлають границу, отдѣляющую покушеніе отъ приготовленія, еще менѣе опредѣленной твердость и ясность намѣренья иногда проявляются и въ приготовительныхъ дѣйствіяхъ [40]), и тѣмъ не менѣе сохраняютъ значеніе другія приведенныя выше основанія для ихъ ненаказуемости, въ особенности же ненаступленіе момента опасности для правового блага; съ другой стороны, самыя свойства преступной воли часто окажутся спорными до приступа къ исполненію, въ особенности, если для покушенія требовать такой твердости преступнаго настроенія, чтобы можно было заключить, что преступникъ доведетъ свою дѣятельность до конца (пресумція довершенія[41]); наконецъ даже опасность субъекта до „начала исполненія" представляется проблематичной, и наказуемость болѣе раннихъ фазисовъ дѣятельности, если не связывать „опаснаго состоянія личности" съ этимъ моментомъ, грозитъ снова призвать къ жизни старую, давно осужденную систему отвѣтственности по подозрѣнію [42])

---

40) Поэтому къ области покушенія субъективисты относятъ дѣйствія, которыя на самомъ дѣлѣ составляютъ только приготовленіе: выслѣживаніе жертвы съ оружіемъ—покушеніе на убійство (Lammasch, 35), такъ и смѣшиваніе яда съ цѣлью отравленія, производимое у постели врага, котораго замышляющій убійство случайно застаетъ въ безсознательномъ состояніи (Buri, op c, 122, 123); Мокринскій, 435, усматриваетъ покушеніе на кражу въ прибытіи на мѣсто, куда доступъ постороннимъ закрытъ; австр кассац. судъ усмотрѣлъ покушеніе на кражу въ попыткѣ выманить изъ дома посредствомъ ложной телеграммы владѣльца усадьбы, которую собирались обокрасть, когда при томъ воры бродили около дома, тщетно ожидая его отъѣзда, далѣе—покушеніе на мошенничество въ устройствѣ въ вѣсахъ приспособленія для обвѣшиванья покупателей (Stooss, 125). Напротивъ, германскій высшій судъ, исходя изъ „начала исполненія", отвергъ покушеніе въ прибытіи на мѣсто для совершенія кражи съ орудіями взлома, далѣе—въ случаѣ, когда женатый, еще до расторженія перваго брака, явился съ невѣстой къ чиновнику для совершенія гражданскаго бракосочетанія, но послѣднее не осуществилось, такъ какъ у чиновника возникло сомнѣніе (Frank Коммент, 183), такое же рѣшеніе вынесъ и французскій кассац. судъ (Garraud, I, 381).

41) Такъ Bar, l. c., сходно Мокринскій, 433, и уже давно Rossi, l c.

42) Противъ этого критерія даже Liszt, 206, пр 3.

Между тѣмъ возраженія, приводимыя противъ объективныхъ теорій, далеко невсегда представляются состоятельными и не приводятъ къ необходимости опираться только на субъективные моменты. Можно, конечно, согласиться съ тѣмъ, что въ покушеніи нельзя усматривать частичнаго осуществленія состава преступленія или намѣренья. нельзя отчасти убить человѣка, похитить опредѣленную вещь [43]), неправильно также относить къ покушенію дѣйствіе, содержащее причину результата, въ отличіе отъ дѣйствія, служащаго только условіемъ его и относимаго къ приготовленію, и не только потому, что нельзя провести границу между условіемъ и причиной, но и потому, что ненаступленіе результата свидѣтельствуетъ объ отсутствіи причинности дѣйствія и при покушеніи. Но въ отрицаніи *опасности* покушенія [44]) на этомъ основаніи заключается несомнѣнная и крупная ошибка субъективной теоріи. заключеніе дѣлается post factum, и базисомъ служатъ поэтому всѣ конкретныя обстоятельства, раскрытыя слѣдующимъ за дѣяніемъ ходомъ событія, между тѣмъ какъ сужденіе объ опасности есть продуктъ абстракціи отъ части фактическаго матеріала даннаго случая: изъ того, что результатъ не наступилъ, слѣдуетъ, что онъ и не могъ наступить, т.-е. что опасности не было, только если принять во вниманіе всѣ особенности случая, неизвѣстныя въ моментъ дѣянія; если же не класть ихъ въ основу сужденія, а поставить вопросъ о возможности результата при наличности извѣстныхъ условій, то утвердительному отвѣту не противорѣчитъ ненаступленіе результата: выстрѣлъ въ человѣка на близкомъ разстояніи изъ заряженнаго ружья представляетъ опасность для жизни, хотя бы пуля пролетѣла мимо, вслѣдствіе случайнаго поворота головы этимъ человѣкомъ Вопросъ заключается только въ томъ, какова должна быть мѣра абстракціи и на какомъ фундаментѣ должно строить заключеніе объ опасности [45]). Этотъ вопросъ пріобрѣтаетъ особое значеніе при разрѣшеніи существующаго между криминалистами спора о наказуемости такъ называемаго негоднаго покушенія.

43) Buri, 114, слѣд.; Garofalo, 341

44) Такъ Buri, 119, 130; Halschner, 339; Познышевъ, 352

45) См. выше, стр. 352 и Kries въ сочин., указ. на стр. 372.

Только другое выраженіе той же мысли объ опасности покушенія представляетъ собою мнѣніе, согласно которому наказуемая область—покушенія открывается съ момента нападенія на объектъ. Это особенно отчетливо выступаетъ тогда, когда подъ нападеніемъ, характеризующимъ покушеніе, разумѣютъ такое дѣйствіе, которое обосновываетъ для другой стороны необходимую оборону [46]· начальный моментъ послѣдней опредѣляется какъ было указано, наступленіемъ опасности для блага Но признакъ „нападеніе“, да и „поставленіе въ опасность“ едва ли заслуживаетъ предпочтенія передъ признакомъ „начало исполненія“. такъ какъ не отличается большей ясностью, а между тѣмъ непримѣнимъ къ преступнымъ дѣяніямъ, объектомъ которыхъ служитъ нематеріальное благо [47]; о нападеніи на послѣднее можно говорить, только придавая слову несвойственный ему смыслъ и лишая понятіе необходимой для практики устойчивости.

Но „начало исполненія“ не слѣдуетъ истолковывать, какъ начало той дѣятельности, которая описана въ диспозитивной части уголовнаго закона Этотъ взглядъ, принятый главнымъ образомъ сторонниками объективной теоріи покушенія въ Германіи, при точномъ примѣненіи слишкомъ ограничиваетъ область покушенія такъ, если субъектъ навелъ оружіе на другого, или замахнулся дубиной, или протянулъ руку къ вещи, или подкрадывается къ ней, то въ этихъ дѣйствіяхъ нельзя было бы усматривать начала убійства, побоевъ, кражи. Такой выводъ настолько противорѣчитъ правосознанію и самому основанію наказуемости покушенія, что, несмотря на точность грани, отдѣляющей его отъ приготовленія, этотъ взглядъ долженъ быть отвергнутъ. Рѣшеніе дается слишкомъ формальное [48]), что особенно ска-

46) Frank, V. D., 188

47) Въ чемъ выразится нападеніе при попыткѣ вступленія въ недозволенный бракъ или оскорбленія на письмѣ? говоритъ Bar (II, 510). Нападеніе на *право* видитъ въ покушеніи Garraud, I, 366; на правоотношеніе—въ нѣкоторыхъ случаяхъ видитъ Baumgarten, 1 c.

48) Kohler, Leitfaden, 59, 60; Buri, op. c., 126. Frank, 1 c. Такъ Ortolan, № 1013; Garraud, I, 379. Contra Hélie, 389, Laborde, 69. Согласно Garçon'y, art. 3, № 74, если кто находится въ засадѣ, есть начало вы-

зывается въ опредѣленіи момента покушенія при составныхъ деликтахъ. взлѣзаніе (escalade) окажется элементомъ состава кражи со взлѣзаніемъ, если такой видъ кражи особо предусмотрѣнъ кодексомъ, и будетъ признано началомъ исполненія, но то же дѣйствіе становится приготовленіемъ, если законодатель не выдѣлилъ такой кражи изъ общаго понятія кражи

Во избѣжаніе этихъ выводовъ, Франкъ [49]) вводитъ полезное дополненіе покушеніе, говоритъ онъ, есть начало требуемаго составомъ преступленія дѣйствія или дѣйствіе, настолько тѣсно съ нимъ связанное, что его естественно разсматривать, какъ составную часть этого, перваго дѣйствія (занесеніе удара, протягиванье руки къ вещи) [50]).

Трудность проведенія границы, достигши которой предварительная стадія преступной дѣятельности получаетъ наказуемый характеръ, была причиной того явленія, что древнѣйшія законодательства и даже римское право не знаютъ понятія покушенія, а карають нѣкоторые отдѣльные виды такой дѣятельности, какъ самостоятельные деликт-

полненія assassinat (квалифицированнаго убійства), ибо засада признакъ состава

49) Комментар, 73, сходно еще раньше Ortolan, № 1013 actes voisins si liés avec le delit, qu' ils feront pour ainsi dire corps avec lui; Schoetensack, op. c. 410 наведеніе оружія должно быть разсматриваемо телеологически, т. е. въ соотношеніи съ цѣлью, и тогда образуетъ составную часть стрѣльбы, дѣятельности, требуемой составомъ преступленія. По существу такъ понимаетъ Ausfuhrungshandlung и райхсгерихтъ, см. у Bar'a, § 264. При такомъ взглядѣ несущественно возраженіе, что законъ рѣдко указываетъ въ числѣ признаковъ опредѣленный образъ дѣйствій всякое дѣйствіе, соотвѣтствующее глаголу убивать, обманывать и т. п. есть Ausfuhrungshandlung, и всякое съ нимъ связанное, какъ одно цѣлое, конечно, моментъ покушенія при различныхъ способахъ опредѣлится различно: если ядовитое кушанье поставлено на столъ, то въ этомъ заключается покушеніе только при условіи, что другое лицо должно было взять безъ приглашенія; въ противномъ случаѣ это приготовленіе. Такъ рѣш. Cour de cassat (Garraud, I, 380 381); Buri, 122, 123; Таганцевъ, 699. См. также Stephen, Dig. 39.

50) Неточно H. Meyer, Anfang der Ausfuhrung (1892), къ которому присоединяется Allfeld· покушеніе одно изъ дѣйствій, которыя по общимъ своимъ свойствамъ принадлежатъ къ неизбѣжно необходимымъ для осуществленія состава и причиненія результата (Lehrb. 211), прицѣливанье, какъ не неизбѣжное условіе убійства посредствомъ выстрѣла, не подходило бы подъ понятіе покушенія.

ты, [51]) напр. обнаженіе меча, выслѣживаніе врага съ оружіемъ, и вслѣдствіе опасности такихъ актовъ, а также въ виду того значенія, которое у римскихъ юристовъ пріобрѣла преступная воля: „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus“ [52]) Понятіе покушенія впервые получаетъ обработку въ средневѣковой итальянской юриспруденціи, но терминомъ „conatus“ обозначается всякая преступная дѣятельность, не увѣнчавшаяся результатомъ и приготовительныя дѣйствія носили названіе conatus remotus, въ отличіе отъ conatus proximus или proximus соотвѣтствующаго современному покушенію, при чемъ относительно ненаказуемости conatus remotus не было единогласія ни тогда, ни позже— у комментаторовъ Каролины. Послѣдняя устанавливаетъ впервые общіе признаки понятія покушенія, близкіе къ современному его пониманію но не употребляетъ самаго термина

IV.—1. Разногласіе существуетъ въ наукѣ и законодательствахъ, и въ вопросѣ *о степени наказуемости* покушенія За исключеніемъ французскаго кодекса [53]), законодательства важнѣйшихъ европейскихъ государствъ карають за покушеніе слабѣе, чѣмъ за оконченное преступленіе, да и въ самой Франціи, съ открытіемъ возможности. согласно закону 1832 г., признавать смягчающія обстоятельства, практика въ покушеніи усматриваетъ такое обстоятельство [54]).

Но *обязательное смягченіе наказанія*, принимаемое большинствомъ ученыхъ, въ дѣйствительности *не вытекаетъ ни изъ одной теоріи наказанія*, за исключеніемъ развѣ теоріи возмездія въ отжившемъ грубомъ значеніи слова ненаступленіе вреда нисколько не характерно для личности, совершившей покушеніе: попалъ ли преступникъ въ намѣченную жертву, или промахнулся или ружье выбили у него изъ

---

51) За возвращеніе къ этой системѣ, и нынѣ принятой въ шведскомъ уложеніи, Seuffert, op. c., 465

52) Подробную исторію вопроса см. у Baumgarten'a, 3—132, сжатую у Bar'a §§ 258, 259

53) Таковъ былъ принципъ и римскаго права; древнегерманское въ виду значенія, которое имъ придавалось объективному моменту, придерживалось противоположнаго начала Итальянскіе юристы и старое французское право примѣняли равное наказаніе при покушеніи на crimina atrocissima, при другихъ — болѣе мягкое: Carolina предоставляла вопросъ усмотрѣнію суда. Hélie, I, 563. Vidal, № 86 Baumgarten, 93, 111, 133

54) Garraud, I, № 215. Hélie, I, 367, указываетъ, что это соотвѣтствуетъ мотивамъ закона.

рукъ въ моментъ выстрѣла, это нисколько не умаляетъ ни его вины [55]), ни его опасности, а мѣра необходимыхъ элиминаціи, или исправленія, или устрашенія его совершенно не зависитъ отъ удачи или неудачи преступленія [56]); наконецъ, съ точки зрѣнія общей превенціи, можно вообще наказаніемъ сдерживать именно дѣятельность, направленную на предусмотрѣнный закономъ результатъ, а не его наступленіе. Правда, иногда приписываютъ неудачу меньшей опытности или опасности преступника [57]), меньшей энергіи или твердости его воли [58]); но значеніе тогда пріобрѣтаютъ именно эти моменты, способные бросить свѣтъ на преступное настроеніе субъекта и дать основаніе для зачисленія его въ тотъ или другой классъ преступниковъ, но не покушеніе, какъ таковое [59]). Въ основаніи господствующей системы смягченія лежитъ въ сущности стремленіе сократить область примѣненія смертной казни, а также пожизненнаго лишенія свободы, и обязательность смягченія защищаютъ

---

55) Пусторослевъ, 380, видитъ въ оконченномъ дѣяніи бо́льшую вину. Bierling, III, 333—337, полагаетъ, что достиженію результата при преступленіи слѣдуетъ придавать значеніе по аналогіи съ заслугой. За смягченіе еще Laborde, 72, пр 2 (случай, спасшій жертву, должень идти на пользу и преступнику), Tarde, Philos. pen, 473, приводитъ оригинальное соображеніе: при покушеніи преступнику не приходится искупать то удовлетвореніе (jouissance), за которое онъ долженъ былъ бы расплачиваться наказаніемъ при достиженіи результата, такъ и Rossi, II, 182, по поводу, délit manqué, далѣе Hélie, I, 379 (пресумируетъ остановку и за смягченіе лишь при tentative, но не при délit manqué); въ смягченіи наказанія видитъ стимулъ къ отказу отъ продолженія Manzini, II, 355; это предположеніе оправдается однако въ видѣ рѣдкаго исключенія, къ тому же при добровольной остановкѣ принято совсѣмъ не примѣнять наказанія.

56) Seuffert, 475. За равную наказуемость Vidal, № 86, Prins, № 239 и слѣд.; Saleilles, Individualis, 201; и въ Rev. pénit. 1897 г., 53, 321, Liszt, 210; Hoegel. Gesamtreform d oester. Strafr., стр. 3, § 12, такъ уже Филанджіери см. у Hélie, I, 372.

57) Ferri, Sociol., 478, Florian, № 306.

58) Таганцевъ, 714; Bierling, l. c., отчасти эту возможность признаетъ и Seuffert, 476.

59) За факультативное смягченіе высказывается поэтому Seuffert, l. c., а Cuche, Rev. pénit, 23 т. (1899 г.), 1120, за равную наказуемость, если преступникъ принадлежитъ къ классу привычныхъ, такъ и Prins, 148, если—къ классу профессіональныхъ.

часто для покушенія на одно изъ преступленій, влекущихъ эти наказанія [60]). Но правильнѣе было бы вообще отказаться отъ этихъ карательныхъ мѣръ даже при оконченныхъ преступленіяхъ. Если же ссылаются еще на меньшее впечатлѣніе, производимое покушеніемъ въ обществѣ, говорятъ, что нельзя карать одинаково того, чья жертва въ могилѣ, и того, чья находится среди зрителей смертной казни преступника [61]), то едва ли это примѣнимо къ другимъ случаямъ, кромѣ убійства, и по существу не можетъ служить фундаментомъ для построенія цѣлесообразной карательной системы; если что нуждается въ измѣненіи, то опредѣленіе наказанія за оконченныя преступленія сравнительно съ существующимъ порядкомъ, а тогда признаніе покушенія ceteris paribus столь же наказуемымъ, какъ оконченное преступное дѣяніе, встрѣтитъ сочувствіе и въ обществѣ [62]).

2. По тѣмъ же соображеніямъ слѣдуетъ высказаться противъ проведенія различія въ наказуемости покушенія въ зависимости отъ его близости къ оконченному деликту, различія, связаннаго съ подраздѣленіемъ покушенія на *оконченное* и *неоконченное* (такъ наше Улож. о нак. [63]) ст. 114 и 115, и старые нѣмецкіе кодексы), или на покушеніе въ собственномъ смыслѣ и неудавшееся преступленіе—délit manqué. delitto frustrato или mancato [64]) романскихъ законодательствъ, delictum perfectum старой итальянской доктрины [65]).

---

60) Seuffert, l. c; см. также австр RE. § 13, ч. 3.

61) Rossi, II, 159—161.

62) Ср. Prins, l. c. Garofalo, 349.

63) Улож о наказ. не употребляетъ, впрочемъ, самаго термина. Эта терминологія ведетъ свое начало отъ нѣмецк. криминалиста начала XIX в. Schroter'a. Объ этомъ и обо всемъ подраздѣленіи, а также о различіи между оконченнымъ покушеніемъ и délit manqué см. спец. работу J. Goldschmidt, D. Lehre vom unbeendigten und beendingten Versuch (1895 г.), далѣе Bar, II, § 268; Frank, V. D. V, 198, слѣд

64) Этотъ терминъ введенъ Romagnosi въ концѣ XVIII в и усвоенъ итальянской и французской литературой, послѣднею, впрочемъ, по самостоятельнымъ причинамъ (Goldschmidt, 17, слѣд.); по мнѣнію Bar'a, l. c., самое понятіе появилось впервые на французской почвѣ.

65) Впервые Menochius, итальянскій юристъ второй половины XVI в., у котораго delictum perfectum—позднѣйшая стадія conatus proximus, Bar указываетъ, что понятіе было извѣстно уже Бальду, кото-

Примѣромъ неоконченнаго покушенія можетъ служить прицѣливанье въ кого-либо, примѣромъ оконченнаго—выстрѣлъ, причинившій только рану, но не смерть, или совсѣмъ не попавшій въ намѣченный объектъ[66]).

Нынѣ это разграниченіе почти не находитъ защитниковъ тѣмъ болѣе, что установленіе признаковъ этихъ двухъ видовъ на практикѣ встрѣчаетъ затрудненія[66a]), а въ теоріи вызываетъ разногласіе *объективный признакъ*—покушеніе окончено, когда виновнымъ сдѣлано все, что было нужно[67]), чтобы результатъ наступилъ,—встрѣчаетъ возраженіе,

---

рый однако говоритъ о delictum consummatum, что означаетъ оконченное преступленіе, а не окончен. покушеніе.

66) Именно послѣдній случай, когда ненаступленіе результата достовѣрно, охватывается понятіемъ délit manqué (такъ Goldschmidt, Liszt, § 46—IV, Frank, V. D. V, 205); второй случай, когда результатъ впослѣдствіи можетъ наступить (смерть отъ раны, послѣдуетъ значительно позже, уже послѣ формулировки обвиненія) не подходитъ ни подъ неудавшееся преступленіе, ни подъ прерванное (неоконченное) покушеніе—tentative suspendue. Этотъ пробѣлъ, отмѣчаемый Гольдшмидтомъ и Франкомъ, не имѣетъ существеннаго значенія, если опредѣлять неудачу преступленія по моменту возбужденія уголовнаго преслѣдованія: второй случай тогда также délit manqué.

66a) См. Bar, Frank, l. c. Объясненія къ проекту Угол. Ул. I, 425, 426; Schoetensack, op. c., 420; еще раньше Buri, op. c. 128, 129; Hälschner, I, 539. Въ старой литературѣ признавали оконченное покушеніе, или же délit manqué заслуживающимъ болѣе строгаго наказанія, (см., напр., Zachariae, § 171 слѣд., особ. II, стр. 55, 63, 65—68 и указыв. имъ литерат.) или даже равнаго съ оконченнымъ деликтомъ (Hélie, ср. выше, здѣсь, пр. 55, и Rossi, ibid.). Вліяніе на наказуемость сохранило указанное подраздѣленіе въ Итальянскомъ кодексѣ (ст. 61 и 62) и въ швейцарскомъ проектѣ (смягченіе наказанія при оконченномъ покушеніи только факультативное). Въ пользу вліянія на наказуемость Goldschmidt 54, (въ окончен. покушеніи качественная, а не только количественная особенность: опасность интенсивнѣе), проф Познышевъ, 361 (при неоконченномъ покушеніи есть сомнѣніе, устояла ли бы рѣшимость передъ всѣми препятствіями).

67) Такъ Итал. ул., ст. 62, въ согласіи съ Carrara, см. Majno, art 62, № 314; такъ и Zachariae, II, 27. Menochius считалъ признакомъ delictum perfectum, когда сдѣлано „quantum in se fuit", а у Бальда—когда „nihil restat ad agendum". Противъ сходной формулы сардинскаго кодекса, ставящей вопросъ въ зависимость отъ случайнаго обстоятельства—участія третьихъ лицъ, Majno и Carrara, l. c. Смягченная объективная формула принадлежитъ Romagnosi „когда сдѣлано все, что

что, если бы было сдѣлано все, дѣйствительно нужное, результатъ не могъ бы не наступить, и самое ненаступление доказываетъ противное.

Субъективный признакъ[68]), принятый нашимъ Ул. о нак. послѣ измѣненія ст. 115 закономъ 9 марта 1864 г.,—покушеніе окончено, когда виновнымъ выполнено *все, что онъ считалъ нужнымъ*[69]), приводитъ къ абсурду къ меньшему наказанію болѣе тонкаго и опытнаго преступника при тождествѣ дѣйствія, ибо послѣднее окажется неоконченнымъ покушеніемъ именно для такого преступника. именно онъ не долженъ считать сдѣланное достаточнымъ, тогда какъ то же дѣйствіе въ глазахъ менѣе опытнаго преступника есть выполненіе всего необходимаго[70]) Затрудненіе не устраняется и другой формулой (Берпера) покушеніе окончено, когда безрезультатно выполнено дѣяніе, направленное на результатъ, или дѣяніе, описанное въ диспозитивной части уголовнаго закона—Ausfuhrungshandlung (Листъ)[71]), ибо возникаетъ снова вопросъ: „направленное, съ чьей точки зрѣнія", субъекта, или же судьи; самое дѣяніе, описанное въ законѣ, можетъ быть выполняемо различными способами, напр. убійство, и опять приходится рѣшать, выполнено уже это дѣяніе вполнѣ или же еще не закончено[72]).

обычно требуется". Но для выдѣленія такого покушенія (обычнаго тѣмъ меньше основаній, какъ замѣчаетъ Bar, III, 518.

68) Такъ уже Köstlin, System, 241; Meyer—Allfeld, § 35, пр. 15; Познышевъ, 361; Hélie, I, 377. a achevé les actes, qui avaient pour but d'accomplir ... Прежняя формула Улож. о нак: „что онъ могъ считать нужнымъ".

69) Текстъ 115-й ст. Ул. о нак. „Когда.. подсудимымъ сдѣлано все, что онъ считалъ нужнымъ для приведенія своею намѣренья въ исполненіе, и преднамѣренное имъ зло не совершилось только по особеннымъ, непредвидѣннымъ имъ обстоятельствамъ или вслѣдствіе безвредности употребленныхъ имъ средствъ"—приводилъ практику къ установленію для оконченнаго покушенія еще того условія, что причины неудачи должны быть такія, которыхъ виновный не могъ предвидѣть; поэтому при задержаніи вора хозяиномъ лавки признано неоконченное покушеніе. Объясненія къ Проекту Угол. Ул., I, 424.

70) Bar, l. c.

71) Berner, Lehrb., 148; Liszt, 208; Goldschmidt, 59, швейц VE; Vidal, 100.

72) Ср. Meyer—Allfeld, l c. Frank, V. D., 204, 205.

При этомъ отнесеніе покушенія къ той или другой категоріи и мѣра наказанія ставятся въ зависимость отъ случайнаго, не характернаго для настроенія личности обстоятельства, напр., отъ того, задумалъ ли преступникъ совершить отравленіе въ нѣсколько пріемовъ, нѣсколькими дозами яда, или же сразу—одною сильной дозой при первомъ предположеніи, введеніе въ организмъ одной дозы неоконченное покушеніе, при второмъ—оконченное, между тѣмъ въ первомъ случаѣ планъ можетъ быть болѣе тонкимъ и вѣрнымъ [73]).

Наше Ул. о нак само не придаетъ рѣшительнаго значенія подраздѣленію покушенія на эти два вида, такъ какъ за оконченное покушеніе судъ можетъ смягчить наказаніе на три степени сравнительно съ оконченнымъ преступленіемъ, а за неоконченное покушеніе только на двѣ; различіе сказывается только въ случаяхъ, когда судъ найдетъ нужнымъ или ограничиться минимальнымъ смягченіемъ—при оконченномъ покушеніи это означаетъ смягченіе на одну степень, при неоконченномъ—на двѣ, или же выбрать максимальное—при оконченномъ смягченіе на три степени, при неоконченномъ на четыре.

Извѣстное значеніе имѣетъ указанное подраздѣленіе въ вопросѣ о добровольной остановкѣ. она мыслима только при неоконченномъ покушеніи (такъ и Ул. о нак.), но, такъ какъ нынѣ ей приравнивается по вліянію на отвѣтственность и предотвращеніе результата, и въ этомъ отношеніи подраздѣленіе теряетъ практическій интересъ тѣмъ болѣе, что гораздо проще рѣшается вопросъ, можно ли еще остановиться, или же остается только возможность предотвращенія результата, чѣмъ, составляетъ ли совершенное оконченное покушеніе.

3. Признавая покушеніе наказуемымъ, законодательства возводятъ это въ общее правило только при болѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ, при незначительныхъ карается только оконченный деликтъ. Наше Угол. Ул. наказываетъ за покушеніе при тяжкихъ преступленіяхъ (въ технич. смыслѣ) всегда, при преступленіяхъ въ случаяхъ, специ-

73) Frank, V. D., 206.

ально предусмотрѣнныхъ закономъ, при проступкахъ—никогда. Улож. о нак. не дѣлаетъ этихъ ограниченій. Уставъ о нак. караетъ за покушеніе только въ особо предусмотрѣнныхъ случаяхъ, именно: за покушеніе на кражу или мошенничество; наказаніе можетъ быть уменьшено до половины. По Угол. Ул. покушеніе составляетъ смягчающее обстоятельство, т. е. влечетъ пониженіе наказанія по усмотрѣнію суда въ предѣлахъ, установленныхъ для случаевъ признанія судомъ такихъ обстоятельствъ, т. е. въ порядкѣ 53 ст. Судъ однако *обязанъ* покушеніе признать смягчающимъ обстоятельствомъ.

4. Въ вопросѣ о репрессіи покушенія законодательства[74]) и наука придаютъ особое значеніе *добровольной остановкѣ*, т. е. отказу отъ продолженія начатаго преступнаго дѣянія, не вызванному внѣшними препятствіями Добровольная остановка признается обстоятельствомъ, устраняющимъ наказуемость совершеннаго [75]), развѣ бы послѣднее само по себѣ выполняло составъ какого-либо преступнаго дѣянія, которое остается наказуемымъ[76]) (т. наз. квалифицированное покушеніе[77]): такъ, ненаказуемое добровольно оставленное покушеніе на мошенничество можетъ иногда представлять собою присвоеніе знака отличія или чужого имени, совершенное для облегченія обмана, и влечь отвѣтственность за этотъ деликтъ (ст 1416 Улож. о нак.); такое же покушеніе на изнасилованіе можетъ влечь отвѣтственность за насиліе или обиду женщины, по французскому законодательству — за attentat à la pudeur. Освобожденіе отъ наказанія и за эти деликты было бы совершенно незаслуженной льготой: лицо получало бы привилегію за то, что первоначально умыселъ

---

74) Исключеніе составляетъ англійское право Stephen, Dig. art 50.

75) Такъ уже римское право (Павелъ по поводу отказа отъ окончанія поддѣлки монеты), каноническое, итальянскіе юристы XVI, в. и Carolina. См. Herzog, op. c., 15–57.

76) Такъ 113 ст Ул. о нак. и § 46 герм. ул (покушеніе, какъ *таковое* не наказуемо).

77) по терминологіи Фейербаха, которую Liszt, 217, справедливо находитъ не соотвѣтствующей содержанію понятія. Ср. Bar, II, § 289.

его шелъ еще дальше, былъ направленъ на болѣе важное преступленіе [78]).

Что касается основаній, на которыя опирается принципъ ненаказуемости добровольно оставленнаго покушенія, то въ старой доктринѣ они имѣли преимущественно правовой характеръ, въ новой уголовно-политическій представители первой усматривали въ добровольной остановкѣ аннулированье совершеннаго [79]), или взятіе обратно, прекращеніе злой воли, или опроверженіе пресумпціи довершенія (см. выше, стр. 535) [80]) и т. п Впрочемъ, уже въ старой литературѣ это обоснованіе вызвало возраженія [81]), что совершеннаго нельзя вычеркнуть изъ міра дѣйствительности, что „факты неумолимы“, и уже Фейербахъ приводилъ другое, уголовно-политическое соображеніе: въ интересахъ государства оставить путь преступнику къ безнаказанному отступленію, создать стимулъ къ отказу отъ довершенія задуманнаго преступленія [82]) Этотъ „золотой мостъ“ къ отступленію въ

---

78) Allfeld, 222, пр 57; Bar, l. c., Finger, I, 323, Baumgarten, 457; Frank, коммент., 82; Liszt, 217, пр. 8, въ отличіе отъ прежней своей точки зрѣнія: онъ, подобно Бернеру, считалъ ненаказуемымъ и самостоятельный деликтъ, который находился съ умышленнымъ болѣе важнымъ въ отношеніи Gesetzeskonkurrenz (см. ниже), куда подпадетъ второй изъ приведенныхъ въ текстѣ примѣровъ или еще тѣлесное поврежденіе, къ которому свелось покушеніе на убійство Contra Allfeld, Bar, Finger, l. c., тогда какъ Frank именно въ послѣднемъ случаѣ невсегда признаетъ тѣлесное поврежденіе, въ виду возможности отсутствія на это умысла, даже эвентуальнаго, напр: при убійствѣ по согласію, окончившемся добровольно оставленнымъ покушеніемъ. Въ пользу ненаказуемости тогда тѣлеснаго поврежденія или же за вмѣненіе въ неосторожность Bar, § 290, особ. прим. 143, въ концѣ. Ср. Finger, l. c, пр. 416 (умышлен. поврежден.), Binding, Lehrb. I § 10—3 (согласіе на убійство означаетъ и согласіе на тѣлесное поврежденіе).

79) Zachariae, теорію котораго Herzog (152) называетъ Annullationstheorie; у Herzog'a, 147, слѣд. и друг. старыя теоріи.

80) Такъ самъ Herzog, 155, 175, цитирующій выдержки въ томъ же смыслѣ Rossi, Hélie, Lammasch'a (181, слѣд.); нынѣ такъ же Bar, II, 549. Herzog приходитъ даже къ выводу о наказуемости вообще только оконченнаго покушенія (172, 173); такъ и Колоколовъ, назв. соч.

81) Herzog, 150.

82) ibid., 155; такъ и Rossi.

новѣйшей литературѣ [83]) сталъ самымъ популярнымъ доводомъ въ пользу ненаказуемости добровольно оставленнаго покушенія. Съ другой стороны, и нынѣ раздаются голоса въ пользу правового обоснованія. Такъ, Шетенсакъ указываетъ на то, что отдѣльные акты, образующіе покушеніе, запрещены закономъ только по связи ихъ съ преступнымъ результатомъ, и, если субъектъ добровольно освободилъ ихъ изъ этой связи, отпадаетъ и виновное дѣяніе, ибо составные акты объединены въ опредѣленномъ преступленіи, какъ въ цѣлевомъ единствѣ, которое тогда разрушается [84]). Въ свою очередь Франкъ полагаетъ, что уголовно-политическое обоснованіе предполагаетъ извѣстность субъекту значенія добровольной остановки для отвѣтственности, между тѣмъ это предположеніе часто окажется противорѣчащимъ дѣйствительности[85]); поэтому Франкъ видитъ основаніе ненаказуемости въ томъ, что при добровольной остановкѣ дѣяніе не вызываетъ нарушенія правового мира [86]).

Въ дѣйствительности обѣ точки зрѣнія не такъ противоположны, какъ можетъ показаться; старая доктрина заслуживаетъ упрека развѣ въ неточной формулировкѣ основной мысли. *Ненаказуемость объясняется перемѣной настроенія у субъекта, вслѣдствіе которой совершенное имъ до остановки уже не характерно для его личности* и не свидѣтельствуетъ о твердости и интенсивности его преступнаго настроенія, столь существенныхъ для наказуемаго покушенія [87]), или же объ „опасномъ состояніи“[88]) субъектъ не болѣе опасенъ, чѣмъ вся-

---

83) Finger, 318, 319, Liszt, § 48; Allfeld, 220, Manzini, 379; Познышевъ, l. c

84) Schoetensack, op. c., 426 (это „личное исключающее вину обстоятельство“).

85) Frank, V D. 242; въ свою очередь Bar, 548, находитъ, что слѣдствіемъ Фейербаховскаго соображенія, часто была бы ненаказуемость и оконченнаго преступленія при добровольномъ устраненіи вреда.

86) Frank, V. D , 267 сходно уже Carrara (отсутствіе вреда и опасности), см. у Herzog'a, 166, 167.

87) Ср. Таганцевъ, 717: покушеніе остается, но прекращается злая воля и исчезаетъ основаніе наказуемости.

88) Объ этомъ говорилъ уже Zachariae, II, 241.

кій, кто еще не перешелъ Рубикона, отдѣляющаго покушеніе отъ приготовленія. Такимъ образомъ исходить ли изъ теоріи возмездія-порицанія, или изъ теорій, выдвигающихъ цѣль спеціальнаго предупрежденія, для наказанія нѣтъ основаній: ни порицать одумавшагося преступника, ни демонстрировать ему тяжесть наказанія, когда оказалось достаточнымъ одной угрозы, ни исправлять, ни обезвреживать нѣтъ никакой нужды. Возможность остановиться безнаказанно едва ли также когда-либо послужитъ поощреніемъ начать, какъ полагали нѣкоторые криминалисты [89]), опасавшіеся поэтому ослабленія общей превенціи, такъ какъ преступникъ думаетъ не объ остановкѣ, идя на преступленіе, а объ успѣшномъ окончаніи, и самая возможность добровольнаго отступленія часто будетъ исключаться появленіемъ внѣшнихъ препятствій уже въ началѣ дѣятельности, составляющей покушеніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ важно и упомянутое соображеніе (Фейербаха) о полезномъ значеніи ненаказуемости для сохраненія тѣхъ благъ, которымъ грозилъ вредъ отъ покушенія.

Изъ приведенныхъ основаній вытекаетъ далѣе, что мотивы остановки безразличны [90]), лишь бы она была добровольной; не необходимо, чтобы она была вызвана этическими мотивами раскаяньемъ, состраданіемъ, наказаніе непримѣнимо и тогда, когда, преступникъ остановился вслѣдствіе безсилія воли, или отвращенія къ нѣкоторымъ деталямъ вы-

---

89) Такъ John, Geyer, Buri см. Herzog, 158 слѣд.; по другимъ основаніямъ противъ ненаказуемости Carmignani (трудно установить, вызвана ли остановка раскаяніемъ).

90) Такъ общепринятое мнѣніе, см Rossi, II, 177; Garcon, art, 3, № 91; Vidal, 153, Frank, V. D. V, 230, 231; Bar, II, 551; Таганцевъ, 718, и Manzini, II, 378 (оба послѣднихъ, по процессуальному соображенію, трудности установить мотивъ остановки). Набоковъ, Сборникъ статей 80, 81; Birkmeyer, Studien, 28; Overbeck, 51, полагаютъ, что съ точки зрѣнія наказанія за (опасное) настроеніе, слѣдовало бы придавать значеніе остановкѣ только въ силу раскаянья и вообще одобрительныхъ мотивовъ. Сходный выводъ у Florian, № 306 (ненаказуемость только, если мотивъ остановки свидѣтельствуетъ о „non temibilità") и у Puglia (ibid.).

полненія [91]), изъ суевѣрія, или изъ страха наказанія. Важно только, чтобы можно было констатировать дѣйствительную перемѣну настроенія [92]), которая выражается въ *отказѣ отъ продолженія*, но не въ перерывѣ дѣятельности до ближайшаго благопріятнаго момента [93]). Такимъ образомъ, нельзя признать добровольно оставленнымъ покушеніемъ случаи, когда воръ, надломавъ замокъ, ушелъ, чтобы запастись лучшимъ инструментомъ и легче довершить взломъ кассы; или когда онъ усмотрѣлъ опасность въ шумѣ шаговъ [94]), или исполненіе оказалось слишкомъ труднымъ, напр.: похищаемый предметъ слишкомъ тяжелымъ; сюда же слѣдуетъ отнести случай, когда преступникъ отказался отъ довершенія потому, что задуманное преступленіе потеряло смыслъ, напр.. во взломанной кассѣ банкирской конторы оказалось только немного мѣдной монеты [95]). Покушеніе остается наказуемымъ также тогда, когда рѣчь можетъ идти лишь объ *отказѣ отъ повторенія*, а не объ отказѣ отъ продолженія напр., когда задумавшій убійство выстрѣлилъ въ своего врага, но промахнулся и не произвелъ второго выстрѣла, хотя револьверъ имѣлъ еще нѣсколько зарядовъ; распространяя льготу доброволь-

---

91) См примѣры изъ германской практики у Frank'a, l. c. (отказъ отъ аборта вслѣдствіе противнаго вкуса абортивнаго питья или вслѣдствіе боли при оперативномъ способѣ).

92) Въ этихъ случаяхъ можно признавать и безопасность субъекта. Ср (сходно) Bar, l. c. и (contra) Набоковъ, Overbeck, l. c.

93) Но нельзя требовать окончательнаго отказа отъ начатаго дѣянія (такъ Binding, Grundr, 139, Merkel-Liepmann, Schoetensack), вслѣдствіе невозможности констатировать это на судѣ (Frank, V. D. 232 233, Liszt, 216; Meyer-Allfeld, 221, лишь бы, добавляетъ онъ, покушавшійся не имѣлъ въ виду позже использовать сдѣланное въ этотъ, первый разъ; сходно Bar, § 286; Herzog, 241).

94) Если преступникъ только вообразилъ препятствіе, когда его на самомъ дѣлѣ не было, остановка признается недобровольной Frank, V. D. 230, Liszt, l. c и другг, нѣсколько иначе Bar, 552.

95) Большинство и въ этомъ случаѣ находитъ остановку добровольной Allfeld, 221, пр 47, Liszt, l. c, Frank; 231; райхсгерихтъ (противоположное рѣшеніе, когда обезцѣненіе вещи вызвано самимъ воромъ, повредившимъ ее, см у Liszt'a прим 5). Справедливо однако указываетъ Bar, 556, что съ этимъ взглядомъ несовмѣстима общепризнанная наказуемость при покушеніи, когда хранилище оказалось пустымъ.

ной остановки и на такіе случаи, мы бы поставили въ привилегированное положеніе того преступника, который оказался особенно предусмотрительнымъ и обезпечилъ себѣ при неудачѣ возможность немедленнаго повторенія посягательства [96]).

Встрѣчающіяся въ литературѣ попытки дать обобщенную формулу понятія *добровольной* остановки нельзя признать удачными [97]). вопросъ остается quaestio facti.

Добровольная остановка вообще мыслима только при неоконченномъ покушеніи, при оконченномъ возможно только *предотвращеніе виновнымъ результата*; при неудавшемся преступленіи (délit manqué) исключается и то, и другое [98]). преступникъ, который промахнулся, всегда отвѣчаетъ за свое дѣяніе (покушеніе) [99]). Предотвращеніе результата собственной дѣятельностью преступника, хотя бы и при содѣйствіи другихъ лицъ, напр. призваннаго врача, получаетъ въ современной теоріи и въ болѣе новыхъ кодексахъ то же значеніе, что и добровольная остановка дѣяніе не наказуемо [100]), если только предотвращеніе послѣдовало до раскры-

---

96) Такъ Majno, № 310, и за нимъ Frank, 238, Bar, II, 559 За ненаказуемость Zachariae, II, 256, 257, и нынѣ Meyer-Allfeld 220, послѣдній, имѣя въ виду, впрочемъ, продолжаемое преступленіе, напр отравленіе нѣсколькими дозами, когда принятіе одной не исключаетъ остановки (покушеніе не окончено).—Спорно, добровольная ли остановка, если мотивомъ былъ страхъ быть обнаруженнымъ? Поскольку рѣчь идетъ о немедленномъ обнаруженіи, которое помѣшаетъ довершенію (такъ Frank, 232), или удовлетворенію отъ дѣянія (ср Bar, 552), отвѣтъ долженъ быть отрицательный.

97) См напр Frank, 231 (если субъектъ говоритъ себѣ: я не хочу продолжать, если бы даже могъ), Bar, II, § 282 (когда субъектъ не находитъ положенія значительно болѣе неблагопріятнымъ для выполненія плана, чѣмъ представлялъ себѣ раньше, но все же не продолжаетъ своего предпріятія), Herzog, 243 (не зависящія отъ воли обстоятельства это тѣ, которымъ свойство препятствующаго основанія принадлежитъ не въ силу собственной воли субъекта)

98) См. Finger, 321, Liszt, l. c

99) Во французской и итальянской литературѣ преобладаетъ мнѣніе о ненаказуемости только добровольной остановки при tentative въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. при неоконченномъ покушеніи.

100) Такъ кодексы германскій, норвежскій, австрійскій, японскій, голландскій, см. Frank, V. D. V, 228.

тія преступленія [101]), напр.. отравитель своевременно даетъ противоядіе, прежде чѣмъ совершенное имъ посягательство сдѣлалось извѣстнымъ другимъ [102]).

Только при этомъ условіи ненаказуемость покушенія можетъ опираться на уголовно-политическое основаніе, приведенное Фейербахомъ для добровольной остановки; съ другой стороны, предотвращеніе результата самимъ виновнымъ до раскрытія его дѣянія всегда свидѣтельствуетъ о его дѣятельномъ раскаяніи, не можетъ вызываться соображеніями о преимуществѣ выполненія въ другой разъ, при болѣе благопріятной конъюнктурѣ, или предвидѣньемъ неудачи, какъ при остановкѣ, и поэтому еще ярче выявляетъ перемѣну настроенія субъекта. Слѣдовало бы однако пойти дальше—и въ вопросѣ о наказаніи за покушеніе придать значеніе уже самой дѣятельности, направленной на предотвращеніе результата [103]), хотя бы и не увѣнчавшейся успѣхомъ, и при томъ и послѣ раскрытія преступленія: и такая дѣятельность, если она вызвана раскаяньемъ, важный моментъ для характеристики преступника, показатель принадлежности его къ классу эпизодическихъ [104]). Но полная безнаказанность могла бы вредно отразиться на общемъ предупрежденіи [105]); предоставленіе въ такихъ случаяхъ суду права переходить къ другому роду наказанія наиболѣе

---

101) Это условіе въ германскомъ улож. (§ 46) и въ норвежскомъ (§ 50), послѣднее однако сохраняетъ льготу ненаказуемости и тогда, когда преступникъ не зналъ, что дѣяніе открыто Въ пользу этого Schoetensack, Tatige Reue, въ V D. II, 464, 465, и Frank V. D., 235; con, tra Bar, § 288, въ виду связанныхъ съ этимъ контраверзъ.

102) Спорно, устраняетъ ли льготу извѣстность дѣянія *потерпѣвшему*? Большинство отвѣчаетъ утвердительно кромѣ случаевъ, когда преступникъ самъ сообщилъ потерпѣвшему для принятія мѣръ или когда эта извѣстность предполагается составомъ деликта, напр при вымогательствѣ (Finger, 322, Liszt, 216) Спорно далѣе, устраняетъ ли льготу извѣстность совершеннаго дѣйствія (такъ Finger, 322, пр. 413) или же также его *преступнаго* характера (такъ Frank, V. D, 235; Meyer-Allfeld, 222)?

103) Такъ Норвежск ул

104) Liepmann, въ Z., 22 т (1902), 84, слѣд

105) Поэтому Schoetensack, l. c, за сохраненіе условія, чтобы дѣяніе было не раскрыто.

цѣлесообразное и справедливое рѣшеніе вопроса. Даже возстановленіе нарушеннаго правомѣрнаго состоянія или возмѣщеніе вреда *при оконченномъ преступленіи*, если они послѣдовали не подъ давленіемъ необходимости, а добровольно, должны бы были оказывать вліяніе на выборъ рода наказанія, поскольку позволяютъ сдѣлать выводъ о преходящемъ характерѣ преступнаго настроенія [106]). Таковы, напр., возвращеніе похищеннаго, уплата за растраченное имущество, взятіе матерью обратно оставленнаго ребенка.

Наше законодательство признаетъ ненаказуемымъ добровольно оставленное покушеніе (113 ст. Ул. о нак., 17 ст. Уст. о нак., 49 ст. Угол. Ул.); предотвращенію результата, при томъ независимо отъ раскрытія преступленія, придаетъ такое же значеніе только Угол. Улож., въ ст. 49, редакція которой въ этомъ отношеніи невполнѣ безупречна. Ст. 49-ая говоритъ о „преступномъ дѣяніи, не *довершенномъ* по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему", что̀ можно понимать, какъ недоведеніе виновнымъ до конца своего дѣйствія; но при такомъ толкованіи, 49 ст относилась бы только къ неоконченному покушенію, и оконченное оказалось бы совсѣмъ непредусмотрѣннымъ, такъ какъ другого постановленія по этому поводу въ Угол. Ул. нѣтъ; поэтому правильнѣе и согласно съ мотивами 49-ой ст подъ недовершеннымъ дѣяніемъ разумѣть неоконченное *преступленіе* и къ недовершенію относить и предотвращеніе результата Ул. о нак. упоминаетъ о предотвращеніи результата, какъ о смягчающемъ обстоятельствѣ, въ особенной части,—при поджогѣ (1610 ч., п. 1).

Ненаказуемость въ разсматриваемыхъ случаяхъ *составляетъ строго личную льготу*, какъ это вытекаетъ изъ ея ос-

106) Смягченіе наказанія, по усмотрѣнію суда, устанавливается § 59 Норвежскаго кодекса, если виновный по возможности предотвратилъ вредныя послѣдствія, прежде чѣмъ на него пало подозрѣніе. Schoetensack, op. cit, 459, видитъ въ этомъ отчасти вознаграждающее возмездіе (ср. выше стр 204), отчасти искупленіе по мѣрѣ вины и тяжести причиненной раны. У Schoetensack'а и обозрѣніе постановленій другихъ законодательствъ (въ особенной части) по вопросу о предотвращеніи вредныхъ послѣдствій оконченнаго преступленія и критическія замѣчанія о ихъ непослѣдовательности. Ср. ст. Ул. о нак. 1681, ч. 2, 354, 1663; ст. 171 *Уст. о нак.*

нованій: поэтому она не распространяется на соучастниковъ (см. слѣд. главу). Это положеніе принято и нашимъ правомъ, въ частности 51 ст. Угол. Улож., тогда какъ 49-ая ст. и въ этомъ отношеніи неудачно редактирована: недовершеніе недобровольное дается этой статьей, какъ признакъ покушенія; при добровольной остановкѣ или предотвращеніи результата содѣянное не есть покушеніе, поэтому соучастники не должны бы были подлежать отвѣтственности, согласно общепринятому взгляду, связывающему начало ея съ моментомъ совершенія исполнителемъ по крайней мѣрѣ покушенія. Этотъ выводъ устраняется однако 51-ой ст.

Когда законодательство по исключенію караетъ и за приготовленіе къ преступленію, добровольная остановка также устраняетъ наказуемость (113 ст. Ул. о нак., 50 ст. Уг. Ул.) [107]). При приготовленіи къ убійству, наказуемому по 1457 ст. Ул. о нак., различаются случаи доказанности остановки въ силу внѣшнихъ препятствій—наказаніе строже, и недоказанности добровольной остановки—наказаніе все-же уменьшается; третья возможность—доказана добровольная остановка—должна регулироваться упомянутой 113 ст., и приготовленіе должно признаваться ненаказуемымъ.

Поскольку особо предусмотрѣнное въ кодексѣ покушеніе или приготовленіе не пріобрѣтаютъ значенія delictum sui generis, а выдѣляются съ цѣлью установленія за нихъ наказанія не по началамъ, вообще принятымъ въ кодексѣ для этихъ стадій преступной дѣятельности, постольку постановленіе о добровольной остановкѣ примѣнимо и въ этихъ случаяхъ. Такъ, уничтоженіе виновнымъ привезенныхъ изъ-за границы фальшивыхъ русскихъ бумажныхъ денегъ или купленныхъ для ихъ поддѣлки орудій, должно вести къ ненаказуемости самаго привоза денегъ или покупки орудій (см. ст. 573 Ул. о нак.).

V.—1. Наиболѣе спорнымъ въ ученіи о покушеніи представляется вопросъ о наказуемости такъ называемаго негоднаго покушенія, въ которомъ различаютъ два вида: *покушеніе съ негодными средствами и — на негодный объектъ.*

---

107) Такъ и австр. проектъ и M. Mayer, op. c.

Съ точки зрѣнія *субъективной* теоріи, намѣченной уже Титманомъ и съ особенной послѣдовательностью проводимой *Бури*[108]), дѣйствіе при покушеніи лишено объективнаго значенія и важно только, какъ показатель твердой преступной воли Такое свойство послѣдней не исключается негодностью средства или объекта. попытка отравить содой или сахаромъ, или изгнать плодъ, существовавшій только въ воображеніи женщины, въ дѣйствительности небеременной, такое же покушеніе, какъ и всякое другое, ибо всякое покушеніе негодно, о чемъ свидѣтельствуетъ ненаступленіе результата[109]); годное покушеніе есть contradictio in adjecto. Поэтому, если не находятъ возможнымъ оставить ненаказуемымъ всякое другое покушеніе, необходимо карать и за сейчасъ приведенныя дѣянія

2. Противоположное мнѣніе поддерживается строго *объективной* теоріей. *Фейербахъ*[110]), имѣя въ виду случай вымаливанія однимъ нѣмецкимъ пасторомъ смерти своему врагу, отвергалъ наказуемость безопаснаго покушенія на томъ основаніи, что дѣяніе противоправно только тогда, когда оно нарушаетъ или ставитъ въ опасность право, и примѣненіе наказанія въ указанномъ случаѣ означало бы смѣшеніе нравственности съ правомъ. Другіе криминалисты отвергали наказуемость негоднаго покушенія потому, что въ немъ нѣтъ „начала исполненія“, иногда при этомъ опираясь на неправильный доводъ, будто, чего нельзя докончить, то-

---

108) Tittmann, Handb., § 98; Buri, особ. въ Z., I, 185 и Beitrage zur Theorie d. Strafrechts (1894 г.), 182, 187, слѣд Современные сторонники субъективной теоріи Delaquis, 175, слѣд.; Garçon art 2 и 3 №№ 114 115, Vidal, 159; Gallet, №№ 117, 120, особ стр 343 и 281; Majno, 191; Prins, № 234; далѣе райхсгерихтъ (см. Frank, V. D. V, 248), признавшій наказуемымъ покушеніе при двойной негодности—средства и объекта (E XXXIII т, 321, рѣчь шла о попыткѣ произвести абортъ со стороны небеременной средствомъ, неспособнымъ вызвать этотъ результатъ); такъ и мотивы къ норвежскому закону, въ виду возможности смягченія наказанія въ отдѣльн. случаяхъ Bittl, 151

109) Buri, l. c., Kostlin, System, 226. Halschner, I, 350; Gallet, l. c.

110) Feuerbach, Lehrb., § 42, первоначально онъ былъ за наказуемость.

го нельзя и начать [111]); или же потому, что негодное покушеніе не содержитъ частичнаго осуществленія намѣренья[112]), или, что понятіе покушенія требуетъ нѣкотораго объективнаго результата [113]), т. е. начала описанной въ законѣ дѣятельности не съ точки зрѣнія предпринявшаго дѣяніе субъекта, а съ объективной, между тѣмъ замаливанье на смерть, введеніе въ организмъ соды, примѣненіе абортивнаго средства противъ несуществующаго плода не могутъ разсматриваться какъ начало убійства, отравленія, плодоизгнанія.

3. Впрочемъ, положеніе о ненаказуемости поддерживается только въ случаѣ *абсолютной* (или абстрактной) *негодности* средства или объекта, но не при относительной. Это подраздѣленіе впервые выдвинуто *Миттермайеромъ* еще въ 1816 г. первоначально въ отношеніи средствъ [114]), а затѣмъ распространено и на объекты [115]). Средство абсолютно негодно, если имъ нельзя причинить задуманный результатъ ни при какихъ обстоятельствахъ, относительно негодно, если нельзя именно въ данномъ конкретномъ случаѣ, вслѣдствіе неправильнаго примѣненія, такъ: жертвѣ данъ мышьякъ, но въ слишкомъ слабой дозѣ, выстрѣлъ произведенъ, на слишкомъ большомъ разстояніи для ружья данной системы. Объектъ абсолютно негоденъ, если онъ не существуетъ (плодъ у небеременной) или не обладаетъ требуемыми составомъ преступленія свойствами физическими или юридическими. ребенокъ, котораго внѣбрачная мать бросила въ рѣку cum animo necandi, оказался мертворожденнымъ; похищенной оказалась вещь, принадлежащая самому похитителю, напр завѣщанная ему. Относительно негоденъ объектъ лучше защищенный, чѣмъ полагалъ виновный (напр., морфинистъ при попыткѣ отравленія вообще достаточной дозой морфія; лицо, носившее кольчугу), или находящійся не въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ думалъ его настигнуть (попыт-

111) Rossi, II, 152—154, Chauveau et Hélie, I, 383, Ortolan, I, № 1027. Zachariae, I, 247. Contra Kostlin, Syst 225, 226, Bar, II, 526, Saleilles' 384, 354; Kohler, Stud, I, 9.

112) Geyer, Z I, 43, и contra Buri, Beitr. 187, слѣд

113) M Mayer, въ Reform, I, 333; 335, 336, Schoetensack въ Festschr f Binding, I, 382; 383 Laborde, № 105.

114) въ N Arch. d. Criminalrechts.

115) Бернеромъ и Каррара, какъ указываетъ Frank, V. D. V, l. c.

ка похищенія изъ пустого кармана). Относительная негодность объекта сводилась такимъ образомъ къ относительной негодности средства. Это подраздѣленіе находило и нынѣ находитъ много сторонниковъ [116]) и принято во французской [117]) и итальянской судебной практикѣ [118]), въ Италіи годность средствъ введена въ понятіе покушенія, какъ существенный признакъ, самимъ закономъ [119]).

4. Иное подраздѣленіе выдвинуто *Кестлинымъ*: значеніе пріобрѣтаетъ *вопросъ объ основаніи примѣненія негоднаго средства*: только въ томъ случаѣ, когда оно *выбрано* субъектомъ, покушеніе ненаказуемо [120]), когда же выбрано было годное средство и лишь случайно, безъ вѣдома субъекта, оказалось негоднымъ, дѣяніе наказуемо, напр.: отравитель всыпаетъ въ кушанье соду вмѣсто мышьяка, перепутавъ коробки, или же потому, что аптекарь подъ видомъ мышьяка далъ ему на самомъ дѣлѣ соду.

а. Именно это разграниченіе въ различныхъ формулировкахъ все больше и больше завоевываетъ себѣ мѣсто въ наукѣ и вытѣсняетъ другія точки зрѣнія. Та же мысль лежитъ въ основѣ теоріи *Колера* [121]), а у насъ *Сергѣевскаго*,

---

116) Такъ Rossi, Zachariae, l. c, Ortolan, № 1002 и 1027; Carrara, Progr., p. gen., I, §§ 361—365, Wharton, I, § 183, ср. однако рѣшенія ibid. стр 210. M. Mayer, op. c., Stooss, § 3[c], Olshausen, Strafgesetzb., § 43, № 22, Meyer-Allfeld, 215—217.

117) Saleilles, 325; Vidal, 157.

118) Florian, № 307 и 309, Majno, № 296—298.

119) Швейцарскій предв. проектъ при абсолютной негодности покушенія даетъ суду право смягчить наказаніе (§ 22)

120) Kostlin, Syst., 228, ибо здѣсь только безнравственное намѣренье, которое не нашло пути къ объективному не только realiter, но даже idealiter За упомянутое различіе, какъ указываетъ Baumgarten (240, слѣд.), высказались еще раньше Cropp, а также Luden, а Mittermaier лишь позже, въ отличіе отъ первоначальнаго взгляда. У насъ такъ Кистяковскій, § 300, склоняясь къ теоріи, указываемой ниже, прим 123. Тотъ же взглядъ по существу проводится § 14 австр правит. проекта ненаказуемо покушеніе, таковъ смыслъ §-а 14-го, на абсолютно негодный объектъ или съ абсолютно негоднымъ средствомъ, развѣ бы субъектъ совершилъ такое покушеніе вслѣдствіе ошибки или случая, т. е. не выбралъ сознательно. Такъ же Meyer-Allfeld, l. c, Garofalo, Criminol., 343, 344.

121) Kohler, Studien, I, 1, слѣд; Сергѣевскій, 289, 290, Klee, 33.

различающей *негодность плана* (покушеніе ненаказуемо), *и негодность исполненія* (покушеніе наказуемо). планъ негоденъ, если субъектъ выбралъ негодное средство, годенъ если выборъ былъ правильный, но произошла ошибка при исполненіи; ненаказуемость негоднаго плана выводится изъ отсутствія у субъекта твердой воли, необходимой для умысла: когда кто-либо желаетъ достигнуть смерти другого молитвой или изгнанія плода бурьяномъ, положеннымъ подъ подушку, можно говорить только о пожеланіи, но не объ умыслѣ.

b. Можно пойти еще дальше въ изслѣдованіи причинъ примѣненія негоднаго средства и признать, что негодность плана или неудачный выборъ обусловливается невѣжествомъ или *крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ субъекта* Такимъ образомъ ненаказуемость будетъ связываться съ этими моментами. Такова *точка зрѣнія Н. С. Таганцева* [122]) и *нашихъ обоихъ Уложеній* [123]), встрѣчающая одобреніе многихъ криминалистовъ, принадлежащихъ въ вопросѣ о покушеніи къ различнымъ лагерямъ [124]).

По существу исключеніе при примѣненіи суевѣрныхъ средствъ допускаютъ изъ принципа наказуемости всякаго покушенія и Бури, и германскій имперскій судъ: первый—въ виду отсутствія умысла, второй—на томъ основаніи, что подъ средствами можно разумѣть только существующее въ мірѣ дѣйствительности, способное привести въ движеніе не мнимыя, а естественныя силы природы [125]).

---

122) Таганцевъ, 724—726.

123) прим. къ 115 ст Ул. о нак (новелла 9 марта 1864 г.): „Если при покушеніи на преступленіе подсудимымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію были употреблены средства вполнѣ и очевидно недѣйствительныя для совершенія преступленія, какъ-то нашептыванія, наговоры, заклинанія и т п., то онъ подвергается наказанію, какъ за преступный умыселъ по ст. 111 сего Улож (см. выше, стр 528) Ст 49 Угол. Ул., ч. 4· „Покушеніе учинить преступное дѣяніе очевидно негоднымъ средствомъ, выбраннымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію, ненаказуемо.

124) Познышевъ, 366; Gallet, 297, Delaquis, 224—227 (по уголовно-политич. соображеніемъ), Garraud, I, № 210; Frank, V. D., 267, Мокринскій, III, 458 Contra Палаузовъ, op c, 82.

125) Buri, Beitrage, 203, 204 Ent 33 т., 321. Garçon, art. 2, 3, № 134 считаетъ такіе случаи школьными, не встрѣчающимися въ жизни при-

5. Соединеніе взгляда Кестлина съ теоріями Фейербаха и Миттермайера представляетъ собою *теорія наказуемости опаснаго покушенія* Фейербахъ только едва затронулъ вопросъ, Миттермайеръ и его послѣдователи, оперируя съ опасностью покушенія, не указали основы для заключенія о ней Отсюда нападки на ученіе объ абсолютно и относительно годныхъ средствахъ въ старой и новой литературѣ, возраженія съ одной стороны, что всякое средство при покушеніи in concreto негодно, съ другой стороны, что in abstracto всякое можетъ быть годно, т. е опасно, напр.· сахаръ для больного діабетомъ, колдовство, примѣненное въ отношеніи суевѣрнаго и тяжко больного нервами лица [126]) Новѣйшіе сторонники наказуемости въ покушеніи опаснаго дѣйствія. (Листъ, Фингеръ) стремятся установить степень необходимой абстракціи, продуктомъ которой будетъ сужденіе объ опасности. Большинство находитъ нужнымъ исходить изъ знанія фактовъ, которымъ располагаетъ субъектъ (*субъективное онтологическое знаніе*), и изъ *объективнаго номологическаго знанія*, другими словами если при обстоятельствахъ, которыя были извѣстны субъекту въ моментъ дѣянія (ex ante), намѣченный результатъ не могъ послѣдовать, согласно опыту и наукѣ, покушеніе безопасно и ненаказуемо, и vice versa [127]). По своимъ практическимъ слѣдствіямъ эта теорія

мѣрами; изъ-за опасность примѣненія къ нимъ наказанія, не слѣдуетъ отказываться отъ субъективной теоріи. За наказуемость и суевѣрнаго покушенія Eisenmann, въ Z XIII, 468.

126) См. напр. Kostlin, Syst, 227; Buri, Beitr., 280, 284; Halschner, I, 349; Baumgarten, 250, Lammasch, Grundr , 35 (питаніе горячечнаго мясомъ годное средство убійства), Garraud, I, 397, пр 9; Laborde, № 105; Таганцевъ, 722; Сергѣевскій, 291

127) Merkel Liepmann, 153, Dohna, op. c., 58—61, Frank, въ коммент., 75, 76 и особ. Finger, op. c. отчасти Meyer-Allfeld, 216. Изъ проектовъ такъ GE. § 29. Иначе Liszt, Lehrb., 213, опредѣляющій опасность по методу судебнаго прогноза post factum (nachtragliche Prognose), т. е. если судья, перенесясь къ моменту дѣйствія, на основаніи фактовъ, тогда извѣстныхъ субъекту и *вообще распознаваемыхъ* (въ этомъ отличіе взгляда Листа), придетъ къ выводу, что результатъ не абсолютно исключался, дѣяніе—опасное покушеніе, въ итогѣ Листъ приходитъ къ тѣмъ же рѣшеніямъ, что и Райхсгерихтъ. Противъ внесенія фактовъ извѣстныхъ другимъ, какъ несущественныхъ для характеристики вины, могущихъ служить лишь процессуальнымъ моментомъ,

сближается съ субъективной, а также съ теоріей Колера: снова дѣяніе ненаказуемо, если средство негодно и субъектъ сознавалъ тѣ его черты, изъ которыхъ негодность вытекала, но не приписывалъ имъ этого недостатка, т. е когда онъ выбралъ негодное средство. Но при этомъ не придается значенія причинамъ выбора: это можетъ быть и обычное для неразвитого человѣка невѣжество, а не непремѣнно крайнее или же суевѣріе. Вмѣстѣ съ тѣмъ ненаказуемость выводится изъ свойствъ дѣйствія изъ его безопасности для правового блага Нельзя однако не отмѣтить, что и первый, субъективный моментъ въ сущности продолжаетъ играть роль при обоснованіи критерія опасности онтологическое знаніе субъекта берется за исходную точку именно потому, что для опредѣленія его вины не могутъ имѣть значеніе свѣдѣнья, которыми располагаютъ другіе. Различіе вліянія онтологической и номологической ошибки на отвѣтственность объясняется тѣмъ, что лишь для оцѣнки вины существенно содержаніе представленій субъекта, но для оцѣнки опасности дѣянія, взятаго такъ, какъ оно представлялось субъекту, важна точка зрѣнія общества, на блага котораго дѣяніе направлено [128]). Право имѣетъ основаніе запретить совершеніе только такихъ дѣяній, которыя способны причинить результатъ не въ воображеніи субъекта, а по законамъ природы [129]). Если субъектъ не знаетъ ихъ дѣйствія и своему дѣянію приписываетъ причиняющее значеніе, дѣяніе не становится изъ-за этого опаснымъ. Когда же человѣкъ стрѣляетъ изъ ружья, которое онъ считаетъ заряженнымъ,

---

доказывая, что и субъекту они не могли быть неизвѣстны, Dohna, op. 57; Finger, 284, пр 10; что критерій Листа суживаетъ кругъ наказуемыхъ случаевъ проф. Мокринскій, III, 461; Dohna, l c; произвольной находитъ nachträgliche Prognose Gallet, № 117. Дѣйствительно, при распознаваемости того, что патронъ подмоченъ, выстрѣлъ изъ заряженнаго имъ ружья былъ бы безопаснымъ покушеніемъ, хотя бы стрѣлявшій не зналъ объ этомъ обстоятельствѣ.

128) Finger, 288, слѣд., указывающій также на необходимость объективнаго ограниченія, ибо наказаніе обращается не только къ преступнику, но и къ обществу.

129) См Frank, 75 Ср Zachariae, I, 246 „denn unmögliche Dinge erhindern zu wollen ist w[illegible] Tapferkeit".

онъ предпринимаетъ опасное дѣйствіе, запрещенное правомъ [130]).

Иногда, впрочемъ, ненаказуемость покушенія съ выбраннымъ негоднымъ средствомъ выводится изъ свойствъ воли субъекта или изъ безопасности *его*, а не дѣянія· отвергаютъ интенсивность преступной воли [131]), или же способность перейти къ годнымъ средствамъ [132]), или же, при примѣненіи суевѣрныхъ средствъ, вмѣняемость или полную вмѣняемость субъекта [133]).

Эти соображенія играютъ роль иногда и у сторонниковъ теоріи опасности *дѣйствія*, въ особенности въ нѣкоторыхъ ея модификаціяхъ, въ которыхъ *опасность* имѣется въ виду *не для конкретнаго правового блага*, а *для правопорядка*, т. е. дѣлается удареніе на *впечатлѣніи*, производимомъ дѣяніемъ на общество [134]), на вызываемыхъ покушеніемъ паникѣ [135]), *нарушеніи правового мира* [136]), безпокойствѣ [137]). Для установленія этихъ моментовъ обращаются къ соображеніямъ о пользѣ примѣненія наказанія для цѣлей общей и специальной превенціи при негодномъ покушеніи, обосновывая наказуемость необходимостью устраненія соблазна [138]), успокоенія общества, а также опасностью субъекта, который можетъ повторить посягательство безъ прежнихъ дефектовъ,

---

130) Напротивъ, нѣкоторые находятъ, что для безопасности дѣйствія безразлично, зналъ ли субъектъ объ обстоятельствѣ, исключавшемъ годность средства, или не зналъ (напр., что ружье другіе разрядили). Такъ Schoetensack, Festschr, 401, Laborde, № 105; Manzini, II, 367, слѣд. Ср. выше взглядъ Листа и Geyer'a Z. I, 43, слѣд.

131) Таганцевъ, l. c, Buri, l. c.; Kohler, l. c., Begrund. къ GE. къ § 29.

132) Garofalo, 343 (l'inaptitude de l'agent), Garraud, № 210 Florian, 480; и даже Dohna, 59 (низкій уровень номологическаго знанія свидѣтельствуетъ о безопасности субъекта); Познышевъ, 366, Пусторослевъ, 385, 387.

133) Gallet 297; Stooss, l. c.; Колоколовъ, 231, Спасовичъ, 138. Друг указ см. у Delaquis, 183, слѣд , примѣч.

134) Bar, II, 272

135) Kohler, 20, слѣд.

136) Frank, V. D. V, 267, 265.

137) Saleilles, 354, 355, ср. Rossi, II, 155 (alarme raisonnable), Bishop, § 738, слѣд.

138) Познышевъ, l. c.

сообщившихъ ему характеръ негодности [139]). Неопредѣленность указанныхъ моментовъ—впечатлѣнія, правового мира и т. д. такимъ пріемомъ однако не устраняется, и, есть ли необходимость репрессіи, въ отдѣльныхъ случаяхъ представляется не менѣе спорнымъ, чѣмъ, произведено ли впечатлѣніе, вызваны ли паника или нарушеніе мира. Въ отношеніи средствъ наблюдается въ теоріяхъ этого типа всеже извѣстное единодушіе, и рѣшеніе дается такое же, какъ субъективной теоріей или теоріей опасности дѣйствія для конкретнаго блага, т. е. только при выборѣ абсолютно негоднаго средства, но не при случайномъ его примѣненіи, покушеніе признается ненаказуемымъ или даже только, если выбрано суевѣрное средство [139a]).

Такимъ образомъ въ итогѣ различными путями всѣ вообще теоріи, кромѣ строго объективной, нынѣ имѣющей весьма мало сторонниковъ [140]), приходятъ къ сходнымъ выводамъ въ отношеніи негодности средствъ: различіе заключается, съ одной стороны, въ обоснованіи принципа, съ другой, въ упомянутомъ нюансѣ — въ требованіи нѣкоторыми для ненаказуемости *крайняго* невѣжества или суевѣрія субъекта или именно суевѣрія. Отсутствіе умысла, а также безопасность личности могутъ быть, дѣйствительно, поддерживаемы только при обращеніи субъекта къ сверхчувственному міру: для умысла недостаетъ представленія о способѣ развитія причинности изъ совершенныхъ дѣйствій, напр. заклинаній; это скорѣе надежда на чудо, но не твердая воля, и можно согласиться съ мнѣніемъ райхсгерихта, что субъектъ въ сущности не прибѣгаетъ ни къ какимъ средствамъ; указывалось въ литературѣ также на то, что субъектъ въ этихъ случаяхъ только склоняетъ къ причиненію результата духовъ, вообще сверхчувственныя силы и что его дѣйствіе представляетъ собою поэтому ненаказуемое неудавшееся подстрекательство [141]). Съ другой стороны, субъектъ, прибѣгающій къ суевѣрному средству, въ большинствѣ случаевъ не рѣ-

139) Kohler, 21. Saleilles, l. c.

139a) Frank, l. c.

140) См. указанныхъ въ прим. 130-мъ.

141) Frank, Коммент., l. c.

шился бы перейти къ болѣе дѣйствительному: при содѣйствіи сверхчувственныхъ силъ онъ увѣренъ въ томъ, что его роль останется не раскрытой и онъ не подвергнется отвѣтственности. Всѣ эти соображенія непримѣнимы тамъ, гдѣ выбрано средство, принадлежащее къ міру реальнаго, но не имѣющее тѣхъ свойствъ, которыя ему приписываетъ субъектъ, напр. при покушеніи на отравленіе квасцами, или на взрывъ нѣсколькими зернами пороха или на абортъ настойкой мяты. Здѣсь нельзя отрицать ни умысла, ни возможности перехода къ годному средству. Ненаказуемость нельзя выводить изъ невѣжества или крайняго невѣжества самого по себѣ, а безопасность невѣжественнаго субъекта весьма сомнительна. Остается или признать такое покушеніе наказуемымъ вмѣстѣ съ чисто субъективной теоріей, или же принять теорію опасности покушенія для конкретнаго блага съ приведеннымъ критеріемъ опасности, только эта теорія въ состояніи объяснить ненаказуемость примѣненія негодныхъ, хотя и несуевѣрныхъ средствъ [142]). Вмѣстѣ съ тѣмъ она даетъ болѣе твердую почву и для ненаказуемости суевѣрнаго покушенія, такъ какъ есть ученые, которые находятъ, что и при послѣднемъ нельзя отрицать умысла, что воля можетъ быть весьма интенсивна [143]), что субъектъ не менѣе опасенъ, чѣмъ при всякомъ покушеніи, и для мѣръ спеціальной превенціи открывается широкое поле [144]). Нако-

142) Номологическая ошибка можетъ относиться не къ качеству, а къ количеству средства, напр. субъектъ приписываетъ свойство яда ничтожной дозѣ опіума; дѣяніе и въ этомъ случаѣ безопасно, но на практикѣ неправильность дозы будетъ скорѣе отнесена къ ошибкѣ онтологической, доказать незнаніе свойства дозы едва ли удастся; дѣяніе пріобрѣтетъ скорѣе значеніе покушенія на продолжаемый (въ нѣсколько пріемовъ) деликтъ. Oetker, Z., 17 т., стр. 62. 63, этимъ желаетъ доказать неправильность теоріи опасности; и онъ и Schoetensack, 400, признаютъ покушеніе годнымъ, если средство могло вызвать результатъ при количественномъ наростаніи. Напротивъ, Allfeld 218, пр. 29, и при номологической ошибкѣ субъекта о ядовитомъ свойствѣ вещества находитъ возможнымъ говорить объ опасности самаго воздѣйствія на организмъ веществомъ, значеніе котораго могъ бы опредѣлить только экспертъ.

143) Klee, 34, 35, M. Mayer, 341; Delaquis, 181, Finger, 285, пр. 11.

144) Delaquis, 223, ср 227, Overbeck, 36, проф. Палаузовъ, ор. c., 82, и цируемые имъ.

нецъ, если правопорядокъ выступаетъ съ мечомъ кары для борьбы не съ настроеніемъ личности, но съ дѣяніями, вытекающими изъ этого настроенія, при томъ дѣяніями, приходящими въ болѣе близкое соприкосновеніе съ правоохраненными интересами и причиняющими послѣднимъ вредъ или создающими опасность вреда, то *теорія, признающая наказуемость только опаснаго въ указанномъ смыслѣ покушенія представляется наиболѣе состоятельной*

7.—a. Гораздо большее различіе и въ отношеніи практическихъ слѣдствій существуетъ во взглядахъ на наказуемость покушенія на *негодный объектъ*. Господствующей въ наукѣ и положительномъ правѣ представляется точка зрѣнія, которая проводилась послѣдователями Миттермайера и изложена выше; она принимается съ другимъ обоснованіемъ и нѣкоторыми сторонниками другихъ теорій напр. теоріи, оттѣняющей годность плана (Сергѣевскій, Клее), теоріи опасности для правового блага (Дона, и отчасти Франкъ), теоріи опасности покушенія in abstracto (Франкъ) [145]).

b. Напротивъ, нѣкоторые изъ защитниковъ этихъ теорій (Колеръ, Салейль, Фингеръ) [146]) приходятъ къ тѣмъ же выводамъ, что и субъективная теорія[147]). наказуемымъ признается покушеніе и на объектъ, не существующій или не обладающій необходимыми для состава преступленія свойствами; вмѣстѣ съ тѣмъ къ области наказуемаго покушенія относятъ случаи недостатка не только результата, но и всякаго иного признака состава, такъ наз. „Mangel am Thatbestand“ [148]). При этомъ ссылаются на невозможность примѣненія къ объекту другихъ началъ, чѣмъ къ средствамъ, и даже на неправильность противопоставленія объекта средствамъ, ибо для бытія преступленія объектъ служитъ также только средствомъ [149]).

---

145) Сергѣевскій, 292, Klee, гл. VI и VIII; Dohna, Frank, Коммент. 76 По существу такъ и Bar. Такъ далѣе Таганцевъ, № 170; Schoetensack, 392, слѣд. Berner, 144, 145; Manzini, № 461, Carrara, l. c. (у Majno, 193, слѣд.) и итальян. практ. Majno, № 301.

146) Kohler, l. c.; Saleilles, op. c., 354; 355; Finger, Festschr., 291—303.

147) См. Buri, l. c., Delaquis, 132, 241; райхсгерихтъ. (выше, пр. 108).

148) Такъ Kriegsmann, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, 1904 г. Delaquis, 132, 231, 241; Liszt, 205; Finger, l. c.

149) Halschner, I, 348, 349; Finger, l. c.; Палаузовъ, 84, 85.

Если при рѣшеніи вопроса о годности средствъ дѣяніе берется такъ, какъ оно представлялось субъекту, то такъ же рѣшается вопросъ объ объектѣ: если субъектъ полагалъ, что объектъ существуетъ съ необходимыми для состава деликта чертами, напр., что существуетъ общество, акціи котораго субъектъ сталъ поддѣлывать, что ребенокъ, бросаемый съ цѣлью убійства въ рѣку, живъ, что похищенная вещь чужая, что первый бракъ ко времени вступленія во второй дѣйствителенъ, то во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣяніе есть наказуемое покушеніе. Оно, съ точки зрѣнія субъективной теоріи, служитъ проявленіемъ твердой и вполнѣ ясной преступной воли. Съ точки зрѣнія теоріи опасности покушенія для конкретнаго блага, дѣяніе опасно, ибо исходятъ изъ онтологическаго знанія субъекта, а въ его глазахъ объектъ на лицо со всѣми необходимыми свойствами; то обстоятельство, что общество давно ликвидировано, что ребенокъ родился мертвымъ, что вещь завѣщана похитителю, что бракъ не имѣетъ юридической силы, ему неизвѣстно. Только, въ рѣдкихъ случаяхъ, когда существованіе объекта вытекаетъ для субъекта изъ неправильнаго номологическаго знанія, покушеніе безопасно: напр., когда выводъ о существованіи беременности дѣлается изъ факта пріостановленія менструацій, тогда какъ съ точки зрѣнія эксперта на основаніи фактовъ, извѣстныхъ женщинѣ въ моментъ дѣянія, пріостановленіе менструацій должно было получить иное объясненіе [150]).

Ученіе о „Mangel am Thatbestand“ подкрѣпляется еще тѣмъ доводомъ, что результатъ такой же признакъ состава, какъ и всякій другой, и, если при отсутствіи перваго дѣяніе представляетъ собою покушеніе, то такое же значеніе должно имѣть отсутствіе всякаго другого признака, напр.: объекта или принадлежности вещи другому при кражѣ, дѣйствительности перваго брака при двоеженствѣ, должностного свойства субъекта при непотребствѣ съ малолѣтней, которую онъ считалъ ученицей [151]). Отъ однихъ слѣдствій

150) Ср. Liszt, l. c.; Finger, 303.

151) Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ вопросъ скорѣе въ годности субъекта, за ограниченіе понятія покушенія для такихъ случаевъ Lammasch, 35; Frank, 268.

слѣдуетъ заключать къ однѣмъ причинамъ: если для оконченнаго деликта необходима наличность всѣхъ признаковъ состава, то покушеніе есть, если недостаетъ одного изъ нихъ, безразлично какого. Въ дѣйствительности однако это заключеніе логически небезупречно: отсутствіе признака не позволяетъ признать оконченный деликтъ, но отсюда еще не слѣдуетъ, что это покушеніе: вмѣсто отрицательнаго заключенія: нѣтъ оконченнаго преступленія, дѣлается положительное, между тѣмъ какъ это и требуется доказать, т. е вопросъ именно въ томъ, придаетъ ли законъ отсутствію любого признака одинаковое значеніе, или же при покушеніи имѣетъ въ виду дѣяніе въ его не юридическомъ, а естественномъ смыслѣ, т. е. дѣйствіе, которое можетъ находиться съ послѣдствіемъ въ отношеніи причинности; тогда такъ принадлежность вещи другому лицу или сила перваго брака, не могутъ быть послѣдствіемъ дѣянія, а оно ихъ причиной [152]).

c. Какъ уже было упомянуто, къ тѣмъ же выводамъ, что и субъективная теорія, приходятъ и нѣкоторые сторонники опаснаго покушенія въ иномъ смыслѣ. Такъ Колеръ, объектомъ, который поставляется въ опасность, считаетъ не конкретное благо, а правопорядокъ. Это измѣненіе ему понадобилось потому, что при попыткѣ кражи изъ пустого кармана или при выстрѣлѣ снаружи черезъ окно въ комнату, по направленію кровати, гдѣ обыкновенно спала намѣченная жертва и гдѣ случайно ея не оказалось, объектъ находится внѣ опасности, между тѣмъ такіе случаи нельзя оставлять безнаказанными и практика всюду относитъ ихъ къ наказуемому покушенію [153]). Это случаи, относимые обыкновен-

152) См. возраженія особенно Dohna, 43, Frank'a V.D., 253 и Коммент., 71. „Эти признаки, говоритъ Dohna (47), не составляютъ ни содержанія рѣшимости, ни предмета исполненія". Кригсманъ и Листъ были бы правы, если бы противоположность между слѣдствіями и свойствами вещи была иллюзіей (50). Противъ понятія „Ma... ...m Thatbestand" Binding, Handb., 692; Beling, Verbr, § 33; Köstl., Syst. 231; Zachariae, I, § 16, Meyer-Allfeld, 215.

153) Такъ рѣш. Сената 1883 г. № 29 (выстрѣлъ въ пустую комнату въ направленіи кровати), 1868 г. № 568 (взломъ замка на ригѣ съ цѣлью украсть хлѣбъ, котораго тамъ не оказалось), см. Ул. о нак., изд. Таганц., къ ст. 9. Такъ послѣ колебаній французская (Garçon, art. 2 и

но къ относительной негодности объекта или же средства, или къ категоріи отсутствующаго объекта, въ отличіе отъ несуществующаго. Колеръ, какъ и нѣкоторые другіе криминалисты, напр. Фингеръ, Делаки, отвергаетъ значеніе этого различія: такъ, у лица, карманъ котораго оказался пустымъ, можетъ вообще не быть никакого имущества; при выстрѣлѣ въ пустую комнату, наказуемость покушенія зависѣла бы отъ того, вышелъ ли ея обитатель въ другую комнату, или выѣхалъ изъ города, или за часъ до того умеръ; собственно о несуществованіи объекта можно было бы говорить только въ послѣднемъ случаѣ, но и тогда, когда обитатель выѣхалъ или даже не находился дома, нельзя говорить объ опасности выстрѣла для его жизни, если только не класть въ основу онтологическаго знанія субъекта. Только тогда покушеніе опасно, ибо субъектъ стрѣлялъ въ увѣренности, что обитатель спитъ на своей кровати, воръ запускалъ руку въ карманъ, полагая, что тамъ есть цѣнности. Такимъ образомъ, для Фингера сохраняется возможность отнести указанные случаи къ области наказуемаго покушенія, какъ и для субъективной теоріи. Колеръ, не занимаясь вопросомъ объ основѣ для сужденія объ опасности, обходитъ камень преткновенія, представляемый этими случаями, усматривая основаніе ихъ репрессіи въ опасности для правопорядка, т. е. въ сущности во впечатлѣніи, ими производимомъ, въ безпокойствѣ, ими поселяемомъ въ обществѣ [154]). Неопредѣленность этого критерія, уже отмѣченная въ вопросѣ о негодности средства, позволяетъ однако признать опасность въ этомъ смыслѣ и при несуществованіи объекта или при отсутствіи у него требуемыхъ составомъ преступленія чертъ.

3, №№ 128 и 129; Saleilles, 324, сѣд.), англійская практика Harris, 14, 15; Stephen, 41, примѣръ 10-й) и американская (Bishop, §§ 743 и 751; Wharton, § 186), далѣе рѣш. Болонск. суда, 1902 г., приводимое Manzini, II, 374; въ Италіи вопросъ остается спорнымъ (см. у Majno, Commento, № 302). Изъ криминалистовъ въ пользу ненаказуемости Hélie, I, 383; Laborde, № 105 (если у лица, въ карманъ котораго запущена рука вора, вообще ничего при себѣ не было).

[154]) Такъ и Bishop, § 738, 743, 751, и Wharton, §§ 186: „indictable, as a scandal and breach of public peace".

Колеръ и приходитъ къ выводу о наказуемости покушенія на абортъ со стороны небеременной [155]).

Именно въ вопросѣ объ объектѣ сказывается шаткость этой теоріи въ различныхъ ея варіантахъ: сторонники ея приходятъ къ различнымъ выводамъ: такъ, Баръ старается опредѣлить впечатлѣніе отъ покушенія на отсутствующій объектъ въ различныхъ случаяхъ, прибѣгая къ излюбленному своему пріему. рѣшенію примѣровъ, казуистикѣ. Наказуемость выстрѣла въ пустую комнату ставится въ зависимость отъ времени, когда дѣяніе обнаружено, сейчасъ же или впослѣдствіи, и отъ того, слышалъ ли кто-либо выстрѣлъ [156]). Франкъ, хотя и считаетъ, что центръ тяжести вопроса заключается въ нарушеніи правового мира, и находитъ, что объектомъ преступленія служатъ не отдѣльные интересы, а интересъ государства въ томъ, чтобы не совершались преступныя дѣянія, т. е. сближается съ Колеромъ, поддерживаетъ ненаказуемость покушенія на несуществующій объектъ и отвергаетъ отождествленіе съ покушеніемъ случаевъ недостатка иного признака состава, кромѣ результата. У Франка замѣчается при этомъ уклоненіе въ сторону теоріи опасности покушенія для конкретнаго блага. Такъ, онъ между прочимъ отвергаетъ опасность въ этомъ послѣднемъ смыслѣ при несуществованіи объекта, ибо какъ можно поставить въ опасность жизнь трупа (при покушеніи на убійство мертворожденнаго), онъ отказывается понять. Франкъ далѣе полагаетъ, что для наказанія нѣтъ мѣста тамъ, гдѣ нѣтъ объекта, охраняемаго правовою нормой [157]).

---

155) Такъ и Leitfad., 61. Спеціальное постановленіе о наказуемости этого случая въ Англіи (24 и 25 Vict., 100, sect 58). Французская практика противъ наказуемости (см. Vidal, 157, пр. 2). Сходно съ Колеромъ Saleilles, l. c.

156) Bar, II, 534. Съ другой стороны, Bar отвергаетъ наказуемость покушенія на абортъ со стороны небеременной, въ виду тайнаго характера деликта (нѣтъ впечатлѣнія), а при соучастіи третьихъ лицъ въ виду опасности шантажированья ими покушавшейся. При отсутствіи юридич свойства объекта, которое требуется составомъ, дѣяніе, по Бару, производитъ впечатлѣніе анекдота и также не наказуемо (531, 536).

157) Frank, 75, 76, 71.

Эти возраженія противъ наказуемости покушенія на объектъ, не существующій или не имѣющій необходимыхъ для состава деликта свойствъ, приводятся также многими другими криминалистами и даже сторонниками теоріи опасности для конкретнаго блага [158]). Говорить ли о началѣ исполненія, или о поставленіи блага въ опасность, необходимо прежде всего, чтобы былъ объектъ, которому она угрожаетъ или противъ котораго начинается выполненіе. Между средствомъ и объектомъ существуетъ различіе, если брать дѣяніе не какъ извѣстный юридическій комплексъ, а въ естественномъ смыслѣ Если законъ не опредѣляетъ средствъ въ составѣ деликта, то объектъ опредѣляется всегда, и подъ защиту берутся правомъ только опредѣленные объекты, имѣющія опредѣленныя свойства, напр. живой человѣкъ, а не трупъ при запретѣ убійства, чужая вещь, а не своя при кражѣ. Поэтому оцѣнку средства съ точки зрѣнія субъекта не необходимо переносить и на объектъ. Право охраняетъ дѣйствительные, а не воображаемые объекты и не должно запрещать дѣйствія только потому, что субъекту представляются обстоятельства, при наличности которыхъ, дѣяніе было бы преступно.

d. Иногда, впрочемъ, признается, что вопросъ долженъ быть разрѣшенъ на основаніи уголовно-политическихъ соображеній, и рѣшеніе или дается совпадающее съ мнѣніемъ большинства, но на томъ основаніи, что наказаніе мало полезно съ точки зрѣнія общей превенціи [159]), или же и въ отношеніи объекта требуется выборъ негоднаго объекта по суевѣрію или крайнему невѣжеству, напр., когда заключеніе о существованіи беременности основывалось на крайней наивности или на убѣжденіи въ сношеніи съ дьяволомъ; именно въ такихъ случаяхъ субъектъ безопасенъ, репрессія неумѣстна [160]). Что касается соображенія объ общей превенціи, то оно опирается на отсутствіе необходимости угрозы наказаніемъ и въ томъ случаѣ, если объектъ не существуетъ физически или юридически, ибо такая угроза безполезна: лю-

158) Klee, 26; Таганцевъ, l. c.

159) Мокринскій, III, 457, слѣд., отчасти Frank, V. D. 266.

160) Delaquis, 226, 228, 241.

ди при совершеніи преступнаго дѣянія исходятъ изъ увѣренности въ существованіи объекта; другими словами: достаточно, если право охраняетъ дѣйствительные объекты. Такимъ образомъ только нѣсколько углубляется обоснованіе ненаказуемости, обычно принятое.

e. Наконецъ, иногда признается покушеніе ненаказуемымъ только, если оно было вызвано юридической ошибкой относительно необходимаго для деликта свойства объекта [161]): напр., если субъектъ полагалъ, что завѣщаніе ничтожно, что первый бракъ дѣйствителенъ, и въ этой увѣренности похитилъ завѣщанную вещь, вступилъ во второй бракъ, тогда какъ завѣщаніе было дѣйствительно, а первый бракъ не имѣлъ силы. Для оцѣнки вины субъекта различіе между фактической и юридической ошибкой должно быть однако отвергнуто [162]): и въ томъ, и въ другомъ случаѣ онъ направляетъ волю на дѣяніе, въ его глазахъ преступное. Скорѣе это различіе можетъ имѣть значеніе для оцѣнки опасности дѣйствія: при ошибкѣ въ правѣ рѣчь идетъ не о незнаніи фактовъ, а о неправильной ихъ оцѣнкѣ, поэтому ошибка субъекта скорѣе номологическая: дѣяніе при объективномъ номологическомъ знаніи (судьи) не могло вызвать задуманный результатъ, т. е. безопасно.

f. Таковы различные взгляды на значеніе негодности объекта. И здѣсь твердую почву для отграниченія наказуемыхъ случаевъ отъ ненаказуемыхъ даетъ теорія опасности покушенія для конкретнаго блага. Придавая значеніе только впечатлѣнію отъ дѣянія, или абстрактной опасности, или „опасному состоянію“, мы не получимъ надежнаго критерія; считая объектомъ посягательства не конкретные интересы, а правопорядокъ въ цѣломъ, правовой миръ, интересъ государства въ отсутствіи преступленій, можно признать наказуемыми и приготовленіе или даже неопредѣленныя проявленія враждебнаго правопорядку настроенія, независимо отъ обрисованныхъ въ законѣ составовъ. *Но, исходя изъ опасности для конкретнаго блага, мы можемъ условіемъ самаго вопроса объ опас-*

161) Bar, II, 534, 535.
162) См. Finger. l. c.

ности признать наличность объекта, защищаемаго нормой [163]). Если объекта нѣтъ, вопросъ представляется празднымъ. *Если есть объектъ, но дѣяніе въ другихъ отношеніяхъ не даетъ состава преступленія*, напр. потому, что нѣтъ у объекта требуемаго для кражи или поврежденія имущества свойства, напр. разорванъ вексель, выхваченный изъ рукъ кредитора, но утратившій силу за давностью, или нѣтъ надлежащаго свойства у субъекта—онъ не связанъ первымъ бракомъ, то *дѣяніе не подходитъ подъ диспозицію уголовнаго закона, не представляетъ собою ничего преступнаго*, какъ и при delictum putativum [164]· то различіе между ними, что при послѣднемъ вообще нѣтъ нарушаемаго правового императива, а во второмъ есть вообще, напр. запретъ уничтоженія документа, но самый случай неправильно подводится субъектомъ подъ этотъ запретъ, это различіе не такого рода, чтобы приводить къ разнымъ слѣдствіямъ [165]).

Если объектъ существуетъ, но *отсутствуетъ*, то, вопросъ, составляетъ ли дѣяніе покушеніе, долженъ быть разрѣшаемъ на общихъ основаніяхъ· поэтому запусканіе руки въ карманъ, взломъ желѣзной кассы, выстрѣлъ въ направленіи кровати, гдѣ обыкновенно въ это время спалъ кто-либо, будучи направлены на существующій объектъ, должны разсматриваться, какъ начало исполненія кражи, убійства, какъ дѣйствія опасныя на почвѣ онтологическаго знанія субъекта, хотя бы онъ ошибался [166]): карманъ оказался пустымъ, день-

---

163) Binding, Handb., 694; Klee, 39; Garraud, № 209; Meyer-Allfeld, 215, пр. 22; Oetker, Z. 17 т., 57, 58.

164) Beling, Grundzüge, § 34; Таганцевъ, № 170; Klee, 26, особ. 29.

165) Ст. 47 *Угол. Ул.* опредѣляетъ: *„Не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на предметъ, не существующій или очевидно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое замышлено“.*

166) Такъ Dohna, 62, слѣд., особ. 66. „Отсутствіе объекта не слѣдуетъ разсматривать, какъ случай отсутствія состава (Mangel am Thatbestand), тогда, когда результатъ не наступилъ не потому, что объектъ вообще не существовалъ. Или положительная формула: Mangel am Thatbestand тогда имѣетъ значеніе покушенія, когда ненаступленіе результата достаточно объясняется тѣмъ, что объектъ не находился въ мѣстѣ, на которое было направлено нападеніе“. Эта положительная формула однако можетъ быть понята нетождественно съ отрицатель-

ги изъ кассы отвезены въ банкъ, обитатель комнаты еще не легъ спать. Такія дѣйствія, при предполагаемыхъ субъектомъ данныхъ, обычно ведутъ къ цѣли, являются годнымъ средствомъ. При этомъ безразлично, какъ далеко отъ мѣста, гдѣ его полагало настигнуть дѣяніе, находился объектъ. Объективно дѣяніе безопасно и тогда, когда обитатель комнаты, куда стрѣляли, сидѣлъ въ сосѣдней, когда бумажникъ былъ въ другомъ карманѣ, который собственникъ придерживалъ рукою; субъективно оно опасно и тогда, когда при себѣ ничего не было, или когда предполагаемая жертва выѣхала изъ города, если эти обстоятельства дѣйствовавшему не были извѣстны

ной, и покушеніемъ можетъ быть признанъ выстрѣлъ въ комнату въ случаѣ, когда намѣченной жертвы не было въ живыхъ—на чемъ настаиваютъ Finger и субъективная теорія, отказываясь отъ проведенія границы между отсутствіемъ и несуществованіемъ объекта (Delaquis, 109, слѣд.; такъ и Bar, II, 530; неустойчивость границы признаютъ и Frank, 76, Olshausen, § 43, № 21, Berner, 146, Schoetensack, 397, 398). Klee, 38, и, повидимому, Таганцевъ, 728, признаютъ покушеніе только, если объектъ находился въ намѣченныхъ виновнымъ мѣстныхъ границахъ, напр. въ томъ же домѣ, или же придается значеніе, индивуализированъ ли былъ объектъ (опредѣленная вещь при кражѣ), или нѣтъ, и въ первомъ случаѣ придается значеніе отсутствію объекта въ этихъ границахъ (покушенія нѣтъ, если воръ хотѣлъ похитить у пассажира ту именно вещь, которая имъ оставлена дома Oetker Z. 17 т., 59, 60); или же еще покушеніе признаютъ только, если дѣяніе могло бы быть осуществлено при продолженіи розыска объекта (Manzini, II, 374). При этихъ ограниченіяхъ нельзя было бы наказывать вора, если цѣнностей во взломанной кассѣ не оказалось, потому что хозяинъ ихъ увезъ въ другой городъ. Если противъ излагаемаго въ текстѣ взгляда приводятъ, что ненаказуемой должна была бы остаться попытка кражи тогда, когда у лица, карманъ котораго оказался пустымъ, вообще *ничего* не было, то упускаютъ изъ вида, что, если бы такой неимущій нашелся, едва ли бы это когда-либо удалось установить на судѣ, къ тому же объектомъ для карманщика служатъ вещи всѣхъ лицъ, среди которыхъ онъ „работаетъ“ (правильно Berner, l. c.). Иначе Klee, 41, который здѣсь, въ отступленіе отъ основной своей точки зрѣнія, усматриваетъ объектъ въ имущественной сферѣ (отвлеченной) собственника. По существу, какъ текстъ, Carrara (см. Majno, 193) и Bar, II, 535, 536, придающіе значеніе тому, что объектъ долженъ былъ быть въ данномъ мѣстѣ (съ точки зрѣнія виновнаго), но случайно не былъ.

Если субъектъ имѣлъ въ виду другой объектъ, а совершилъ дѣяніе надъ негоднымъ, принявъ его за задуманный, то дѣяніе, ненаказуемое въ виду этого, представляетъ собою покушеніе на задуманный объектъ, *если только онъ существовалъ*, поэтому выстрѣлившій издали въ статую или чучело, принятое за человѣка, подлежитъ отвѣтственности за покушеніе на убійство; разорвавшій кусокъ бумаги, выхваченный изъ рукъ кредитора, вмѣсто своего векселя, отвѣчаетъ за покушеніе на уничтоженіе документа съ корыстной цѣлью, хотя бы вексель былъ въ сейфѣ кредитора [167]); но отвѣтственность должна быть отвергнута, если вексель потеряль силу за давностью, даже въ томъ случаѣ, когда должникъ выхватилъ и разорвалъ именно этотъ вексель. Если объектъ былъ другой, годный для учиненія менѣе тяжкаго преступленія, слѣдуетъ признать совокупность оконченнаго деликта или покушенія на этотъ объектъ и покушенія на задуманное квалифицированное, напр. при убійствѣ, учиненномъ по ошибкѣ вмѣсто отцеубійства [168]).

Эта точка зрѣнія не противорѣчитъ объективному отграниченію покушенія отъ приготовленія: при послѣднемъ и на почвѣ фактовъ извѣстныхъ субъекту, нѣтъ еще опасности для блага [169]), напр. такія дѣйствія, какъ пріобрѣтенье револьвера, какъ устройство въ вѣсахъ приспособленія для обвѣшиванія, какъ поджиданіе ухода хозяина лавки для кражи, неспособны еще безъ послѣдующихъ дѣйствій субъекта вызвать смерть, или переходъ имущества изъ владѣнія другого лица во владѣніе виновнаго. Эти дѣйствія не составляютъ начала исполненія и въ глазахъ лица, ихъ совершающаго.

VI. Въ наукѣ остаются спорными еще нѣкоторые вопросы относительно возможности покушенія при нѣкото-

---

167) Между этими случаями и тѣми, гдѣ не было никакого объекта-выстрѣлъ послѣдовалъ въ пустое пространство; въ рукахъ или карманѣ, откуда онъ новый хотѣлъ выхватить документъ, ничего не было—нѣтъ разницы Ср. Finger, 300, 301; Мокринскій, III, 472, 473; рѣш. сената 74 г. 99. У Allfeld'a, § 35, прим. 23 и 24; Oetker'a, 57, и Wharton'a, § 186, играетъ роль близость намѣченнаго объекта отъ дѣйствительнаго (при близости покушеніе на первый), но тогда снова слѣдовало бы признать ненаказуемымъ и выстрѣлъ въ комнату, когда обитатель ея сидѣлъ въ другой, недосягаемой для выстрѣла.

168) См. выше, стр. 310, 312, прим. 19 и 22.

169) Ср. Finger, op. c., 284

рыхъ видахъ преступной дѣятельности, въ зависимости отъ особенностей субъективной или объективной стороны ея.

1. Сюда относится прежде всего вопросъ о возможности *покушенія на неосторожный* деликтъ. Законодательства единодушно примѣняютъ понятіе покушенія только къ умышленнымъ преступнымъ дѣяніямъ (см. выше, прим. 15). Такое рѣшеніе соотвѣтствуетъ и основаніямъ криминализаціи покушенія [170]): дѣяніе пріобрѣтаетъ наказуемый характеръ, въ виду направленія воли субъекта на преступный результатъ, чего нѣтъ при неосторожныхъ деликтахъ. Поэтому совершенно неоснователенъ доводъ прежнихъ сторонниковъ примѣненія покушенія и къ этимъ деликтамъ, состоявшій въ томъ, что и при неосторожной дѣятельности есть также моментъ начала: покушеніе и начало дѣйствія понятія нетождественныя. Правда, законодательства иногда наказываютъ и безрезультатную неосторожность, но не, какъ начало неосторожнаго причиненія результата, а какъ delictum sui generis [171]); такъ, быстрая ѣзда въ населенныхъ мѣстахъ карается безотносительно къ опасности ея въ данномъ случаѣ и къ возможности лишенія жизни или причиненія увѣчья прохожему. Изъ новыхъ криминалистовъ нѣкоторые признаютъ возможнымъ покушеніе на неосторожный деликтъ въ случаяхъ, когда субъектъ впалъ въ неизвинительную ошибку въ правѣ и его дѣйствіе остановилось въ стадіи покушенія, или же, если неизвинительная ошибка относилась къ обстоятельству, устраняющему противоправность [172]). Если, напр., говоритъ Франкъ, А., принявши безъ

---

170) Такъ подавляющее большинство ученыхъ, см., напр., Таганцевъ, I, 701; Liszt, 205, Vidal, 154; Prins, № 237; Manzini, II, Иначе Buri, Causalit., 145, 136: покушеніе возможно, но ненаказуемо, ибо только по наступленію результата можно опредѣлить, была ли воля неосторожна. Сходно Angiolini, 255, слѣд.; Gallet, 105, слѣд., онъ за наказуемость покушенія при „défaut de précaution", повидимому, при luxuria (см. № 66, особ. стр. 125 и примѣръ тамъ). О значеніи результата при culpa см. также выше, здѣсь, стр. 371.

171) H. Meyer и Allfeld (Lehrb. § 35, пр. 1) видятъ въ этомъ случаѣ явленіе, аналогичное покушенію.

172) Finger, I, 315; Frank, V. D. V, 189, 190, Binding, Grundr., 130 (онъ, впрочемъ, противъ наказуемости такого покушенія).

достаточнаго основанія дѣйствіе В. за серіозное нападеніе, обороняясь выстрѣлилъ въ послѣдняго, но не попалъ, А. виновенъ въ покушеніи на неосторожное лишеніе В. жизни.

2. Большее практическое значеніе имѣетъ вопросъ о совмѣстимости понятія покушенія съ любымъ видомъ умысла [173]). Законодательства имѣютъ въ виду обыкновенно прямой умыселъ; совершенно опредѣленно въ этомъ смыслѣ ст. 9 Ул о нак. и 49 Угол. Ул.. первая говоритъ о приведеніи въ исполненіе преступнаго *намѣренья*, вторая о преступленіи, учиненія котораго *желалъ* виновный (въ отличіе отъ допущенія послѣдствій, см ст. 48) Итальянское улож. говоритъ о дѣйствіи, предпринятомъ съ *цѣлью* совершить преступленіе. Въ нѣмецкой литературѣ большинство признаетъ *покушеніе* и при *эвентуальномъ умыслѣ*. Логически оно, дѣйствительно, не исключается: преступное настроеніе субъекта, характерное для этого вида умысла, не измѣняется отъ того, что не наступилъ результатъ, который субъектъ предвидѣлъ, какъ возможный или очень вѣроятный, и представленіе о которомъ не удержало его отъ дѣянія: служитель звѣринца, который, желая насолить хозяину, выпустилъ изъ клѣтки тигра при такихъ условіяхъ, что онъ легко могъ загрызть кого-либо изъ публики или служителей, долженъ отвѣчать за покушеніе на убійство, если тигра успѣли пристрѣлить прежде, чѣмъ онъ причинилъ кому-либо изъ присутствующихъ вредъ. Но часто ненаступленіе результата затруднитъ установленіе эвентуальнаго умысла и послужитъ доказательствомъ того, что субъектъ предпринялъ дѣяніе именно въ расчетѣ на благополучный исходъ и что при увѣренности въ наступленіи результата субъектъ отказался бы отъ дѣянія.

Прежде существовавшее сомнѣніе относительно возможности покушенія при наличности (физіологическаго) *аффекта* нынѣ никѣмъ не раздѣляется, и вопросъ рѣша-

---

173) Въ пользу этого Liszt, l c., Meyer-Allfeld, 211; Binding, 129, Сергѣевскій, 288 (de lege ferenda), M. Mayer, 333; Познышевъ, 359, Frank, 194. Contra Таганцевъ, 702

ется въ утвердительномъ смыслѣ [174]). Но при неопредѣленности размѣровъ вреда, который хотѣлъ причинить виновный, возникаетъ вопросъ, за покушеніе на какое преступленіе онъ подлежитъ отвѣтственности: кто-либо въ порывѣ раздраженія стрѣляетъ въ другого и причиняетъ легкую рану, или пуля совсѣмъ не задѣваетъ того, въ кого она направлена; признать ли здѣсь покушеніе на убійство, или же на причиненіе раны (или оконченное причиненіе раны)? Обыкновенно здѣсь усматриваютъ покушеніе на болѣе тяжкое преступленіе. Но правильнѣе рѣшеніе вопроса поставить въ зависимость отъ особенностей конкретнаго случая: на что направлялся умыселъ, вопросъ, разрѣшимый только на основаніи доказательствъ, вопросъ процессуальный, и при невозможности установить умыселъ на болѣе важное преступленіе, слѣдуетъ признать умыселъ на менѣе важное; въ случаѣ сомнѣнія, оно должно быть разрѣшаемо въ пользу подсудимаго [175]). Иначе при *альтернативномъ умыслѣ* [176]): субъектъ желаетъ одного изъ двухъ результатовъ, напр.: воръ стрѣляетъ на значительномъ разстояніи въ преслѣдующаго его верхомъ хозяина похищенной вещи, желая убить его или же лошадь, такъ какъ каждый изъ этихъ результатовъ избавляетъ его (вора) отъ задержанія; выстрѣлъ составляетъ покушеніе на убійство, если не попадетъ ни въ хозяина, ни въ лошадь, или же, если попадетъ въ послѣднюю.

3. Покушеніе невозможно при *delicta omissionis*, при нарушеніи требовательныхъ нормъ. обязанность можетъ быть выполнена въ послѣдній моментъ; до этого нѣтъ ничего наказуемаго, послѣ—есть уже оконченный деликтъ [177]). Признаніе покушенія логически возможнымъ, но ненаказуемымъ, вслѣдствіе добровольнаго отказа отъ преступленія [178]),

---

174) Такъ Halschner, I, 334, 335; Vidal, № 99, Majno, art 61, № 288 Manzini, II 383, Frank, 190.

175) Такъ Таганцевъ, 703

176) Ср. Frank, 191, слѣд. Неясно Таганцевъ, l. c.

177) Buri, op. c., 139; Prins, № 235; Таганцевъ, 704; Bar, II, 542; Zachariae, § 42.

178) Такъ Binding, op c., 130.

совершенно излишній, искусственный пріемъ. Нельзя также согласиться съ мнѣніемъ, что мыслимо при этихъ деликтахъ оконченное покушеніе или неудавшееся преступленіе, если въ критическій моментъ субъектъ былъ принужденъ къ исполненію другими [179]) При *delicta commissiva per omissionem* покушеніе возможно: стрѣлочникъ, желая вызвать крушеніе поѣзда, не выставляетъ сигнала о поврежденіи пути, но машинистъ во-время замѣчаетъ препятствіе и останавливаетъ поѣздъ [180]).

4. При *деликтахъ, квалифицированныхъ послѣдствіями*, покушеніе возможно, если наступилъ только второй болѣе тяжкій результатъ, а тотъ, на который былъ направленъ умыселъ, не послѣдовалъ [181]), напр.: при попыткѣ изнасилованья женщина умерла отъ испуга, и изнасилованье не было довершено: смыслъ закона, устанавливающаго усиленную отвѣтственность при наличности непредусмотрѣннаго бо́льшаго вреда, тотъ, что за всякое дѣйствіе, караемое по статьѣ, предусматривающей основное преступленіе, отвѣтственность усиливается, если оно вызвало такой вредъ: слова „если послѣдствіемъ изнасилованья была смерть“ слѣдуетъ понимать шире: „если послѣдствіемъ изнасилованья или покушенія на послѣднее, была смерть“. Напротивъ, нѣтъ основанія наказывать за оконченный квалифицированный деликтъ [182]), такъ какъ онъ предполагаетъ достиженіе и основного результата.

179) Такъ Finger, 316, 317, Meyer-Allfeld, 209, пр, 24; Liszt, 209, покушеніе, впрочемъ, признается ненаказуемымъ.

180) Нѣкоторые (Allfeld, 209, пр. 23; Frank, V. D. V, 210) признаютъ возможнымъ и неоконченное покушеніе, вопросъ, согласно изложенному здѣсь выше, не представляетъ интереса.

181) Liszt, 209, Allfeld, 210, Finger, 317. Отрицаютъ возможность покушенія въ этихъ случаяхъ (при delitti praeterintenzionali), Manzini II, 383; Majno, art. 61, № 288.

182) Такъ Норвеж. ул. (Bittl, 155, 156) и Thomsen, Ueber d. Versuch der durch eine Folge qualifiziert. Delikte. 1895, особ. стр. 20, 60, 85. находя, что для квалифицированнаго послѣдствіями деликта безразлична степень осуществленія основного деликта. Frank, V. D. V, 212, 213, признаетъ оконченное квалифицированное преступленіе, когда умыселъ направлялся именно на болѣе важный результатъ; но тогда въ сущности дѣяніе теряетъ свойство квалифицированнаго послѣдствіями. См. противъ Thomsen'a и Frank'a Bar, II, 546; Finger, l, c., пр, 404.

5. Покушеніе логически исключается при такихъ преступныхъ дѣяніяхъ, въ которыхъ уже начальный, первый актъ даетъ оконченное преступленіе, при *delicta, quae uno actu perficiuntur* („reine Thatigkeitsdelicte"). Таковы словесная обида, кощунство, и нѣкотор. друг. [183])

6. Если законодатель *особо предусматриваетъ* отдѣльные виды предварительной преступной дѣятельности, составляющіе *по существу покушеніе или приготовленіе*, для того, чтобы опредѣлить за нихъ наказаніе съ отступленіемъ отъ общихъ принятыхъ въ кодексѣ основаній наказуемости покушенія, то въ этихъ случаяхъ покушеніе на такой, особо предусмотрѣнный деликтъ невозможно. это было бы покушеніемъ на покушеніе, и репрессія распространялась бы на такіе акты, которые законодатель имѣлъ въ виду оставить ненаказуемыми [184]). Но отъ этихъ случаевъ слѣдуетъ отличать такіе, въ которыхъ для состава оконченнаго деликта законъ не требуетъ наступленія вреднаго послѣдствія [185]) и въ которыхъ поэтому есть сходство съ недоведеннымъ до конца дѣяніемъ. Это однако самостоятельные деликты (sui generis), а не покушеніе, и покушеніе на эти деликты не исключается [186]), напр. на подлогъ по нашему праву, на отравленіе по германскому.

---

183) См. Таганцевъ, I, 704; Halschner, I, 355; Allfeld, 210, пр. 32; Manzini, II, 381, Laborde, № 106, Garçon, art. 3, № 19 (относятъ сюда и attentat à la pudeur). Но при формальныхъ деликтахъ покушеніе находятъ возможнымъ, напр, при лжесвидѣтельствѣ, Laborde, l. c., Garçon, art. 3, № 20 (пока не окончено судебное слѣдствіе, возможно измѣненіе показанія свидѣтелемъ), Allfeld, l. c., Buri, op. c., 129 (такъ и при двоебрачіи). При примѣненіи для совершенія указан. въ текстѣ дѣяній болѣе сложныхъ пріемовъ, покушеніе допускаетъ Liszt, 209.

184) Liszt, 209, 210; Manzini, II, 381.

185) Binding, Grundr., 136, называетъ ихъ „coupirte Erfolgsverbrechen".

186) За это разграниченіе особенно Frank V. D. V, 214—215. Сходно Meyer-Allfeld, 209, Binding, l c. Нѣсколько иначе Таганцевъ, 705, 706.

ГЛАВА XVI.

Соучастіе.

I Понятіе соучастія въ дѣйствующемъ правѣ. II. Акцессорная природа соучастія и различное ея пониманіе: 1 акцессорность соучастія, согласно господствующей теоріи, и понятіе посредственнаго виновничества, 2. акцессорность ограниченная. III. Возраженія, вызываемыя господствующей теоріей, и теоріи, отказывающіяся отъ понятія соучастія. IV. Основанія для сохраненія соучастія въ ограниченно-акцессорномъ смыслѣ. V. Связь съ этимъ вопросомъ вопроса объ отвѣтственности лицъ, участвующихъ въ деликтахъ, составъ которыхъ предполагаетъ существованіе въ исполнителѣ особыхъ личныхъ свойствъ: 1. особенность этихъ деликтовъ, 2. положеніе вопроса въ контръ-проектѣ, законодательствахъ и наукѣ, 3. системы отвѣтственности за соучастіе и за самостоятельные деликты и оцѣнка системъ. VI. Вопросъ о совмѣстимости соучастія съ неосторожностью. VII. Необходимое соучастіе и случаи, въ которыхъ понятіе соучастія непримѣнимо VIII. Категоріи соучастниковъ: 1. *исполнители и пособчики*: a разграниченіе этихъ двухъ категорій въ теоріи и положительномъ правѣ; b. виды пособничества; c. покушеніе на пособничество и соучастіе въ послѣднемъ, d. пособничество посредствомъ бездѣйствія; e. субъективная сторона пособничества; f. наказуемость его; 2 *подстрекатели*. a сущность подстрекательства, b. подстрекательство alias factum, c. подстрекательство къ пособничеству, d вопросъ о средствахъ подстрекательства, e. умыселъ подстрекателя; f. подстрекательство къ покушенію и провокація; g. неудавшееся подстрекательство; h. наказуемость подстрекателя. IX Вопросъ о значеніи соучастія, какъ обстоятельства, усиливающаго отвѣтственность. X Эксцессъ исполнителя и ошибка его въ объектѣ. XI. Виды соучастія, категоріи соучастниковъ и наказуемость ихъ въ русскомъ дѣйствующемъ правѣ. XII. Значеніе добровольнаго отказа исполнителя и соучастниковъ. XIII. Прикосновенность.

Литература почти необозрима. Болѣе важны: *Birkmeyer*. въ V. D II, 1, слѣд и Die Lehre von der Theilnahme, 1890. *Binding*, статьи въ GS. 71 т., 76 т и 78 т. *Kohler*, Studien, I. и въ G. Arch., 58 т. *M. E. Mayer*, Reform, I. *Begrundung* zum Gegenentwurf. *Beling*, Verbrechen. *Bar*, II, 575—855, *Фойницкій* въ Юр. В 1891 г, VII и его же „Линцкій Съѣздъ М. С.“ въ Ж М Ю. 1896 г, № 1. *Getz* въ Mittheil. I. K. V., V, 348, слѣд, *Nicoladoni*, ib., 336. IX *Съѣздъ* герман группы (1903 г.) *Mit.* I. K V XI, 512, слѣд. *Тимашевъ*. Юридич. природа угол. отвѣтственности соучастниковъ. 1915. *Cuche* Une theorie nouvelle de la complicité. 1896 *Hagerup* въ Z. 30 т. *Колоколовъ*. О соучастіи въ преступленіи 1881 г. *Schutze*. Die notwendige Theilnahme. 1869 *Geyer* въ Holtz. Handb. II. *Buri*. Zur Lehre von der Theinahme und Begunstigung 1860 г. и статьи въ GS. т. 22 (1870 г) и 29 (1878 г.). *Berner*. Die Lehre von d. Theilnahme am Verbrechen 1847. *Nagler*. Die Theilnahme am Sonderverbrechen. 1903 *Wuttig*. Fahrlassige Theilnahme am Verbrechen, 1902, и *P. Krug*. Die besondere Umstande der Theilnehmer, 1899 (Abhandlungen, издав. Белингомъ, №№ 40, 24). *Freudental* Nothwendige Theilnahme. 1901 *Herght*, въ GS. 76 т. *Heilborn*. Der agent provocateur, 1901, и статьи на ту же тему *Katzenstein'a* въ Z, 21 т. и *Набокова* въ Трудахъ С. Петерб. юрид. общ., т. I (докладъ въ засѣданіи 7 февр. 1909). См. еще примѣч. Дальнѣйш. литерат. указанія см. у Bar'a, Liszt'a, Vidal'я и Пусторослева.

---

1. Преступленіе часто выполняется совмѣстной дѣятельностью нѣсколькихъ лицъ. Дѣйствіе каждаго изъ нихъ находится въ причинной связи съ преступнымъ результатомъ, и, если оно совершено умышленно или по неосторожности, то преступленіе подлежитъ вмѣненію въ вину каждому на общихъ основаніяхъ. Изъ всѣхъ этихъ случаевъ господствующая доктрина и всѣ законодательства, за исключеніемъ Норвежскаго, выдѣляютъ такіе, въ которыхъ *всѣ, совершившіе одно преступное дѣяніе, дѣйствовали умышленно и съ знаніемъ о присоединяющейся дѣятельности каждаго изъ нихъ*[1]),

---

[1]) Frank, 92 (Bewustsein der Mitverursachung). Сергѣевскій, 296, и Allfeld (Meyer-Allf), 240, 241, требуютъ, чтобы каждый изъ соучастниковъ зналъ о присоединяющейся дѣятельности другого и о томъ, что другой дѣйствуетъ умышленно, но подстрекательство и пособничество остаются и въ случаѣ, когда исполнитель не сознаетъ, что его подстрекнули, и полагаетъ, что дѣйствуетъ самостоятельно, или не знаетъ, что использованное имъ положеніе или средство предоставле-

и къ этимъ случаямъ примѣняютъ особое понятіе—„соучастіе", различая среди дѣйствующихъ лицъ три категоріи. тѣхъ, кто выполнилъ преступное дѣяніе—исполнителей и соисполнителей или совиновниковъ, тѣхъ, кто помогалъ въ этомъ,—пособниковъ, и тѣхъ кто склонилъ къ совершенію преступнаго дѣянія,—подстрекателей.

Нѣкоторыя законодательства, болѣе старыя, напр· наше Ул. о нак. и нѣмецкіе партикулярные кодексы, знаютъ болѣе дробное подраздѣленіе соучастниковъ (см. ниже), или же, напротивъ, всѣхъ не участвовавшихъ въ самомъ выполненіи преступленія, относятъ къ одной категоріи, такъ: французскій кодексъ знаетъ только auteurs виновниковъ, и complices, подъ которыми разумѣются пособники и подстрекатели. Англійское право различаетъ 1) главныхъ виновныхъ (principals) первой и второй степени, т. е исполнителей и помогавшихъ при исполненіи. 2) accesories before the fact, участниковъ до выполненія, куда относятся подстрекатели и пособники, 3) accessories after the fact—укрывателей [2]).

Понятіе соучастія распространяется одними [3]) только на подстрекателей и пособниковъ, другими и на совиновниковъ [4]).

II.—1. Въ основѣ ученія о соучастіи лежитъ *признаніе акцессорной природы* его· центральной фигурой является ис-

---

но ему другимъ, напр слуга, замѣчая приближеніе воровъ, оставляетъ открытой дверь, онъ пособникъ, хотя бы они не знали о его содѣйствіи. Такъ Beling, Verbrech., 431; Olshausen, Kommentar (изд. 7), 180, 191 № 17. См. также ниже, пр. 130.—Но для совиновничества знаніе каждаго о дѣятельности другого необходимо; такъ и Liszt, l c; Merkel-Liepmann, 163, Beling, op. c., 410, иначе отвѣтственность каждаго обсуждается самостоятельно, каждый отвѣчаетъ за совершенное имъ самимъ: если A. даетъ B. ядъ, но въ недостаточной для отравленія дозѣ, а C даетъ еще яда, и отравленіе наступаетъ отъ суммы этихъ дозъ, при чемъ только C знаетъ о дѣяніи A., то первый отвѣчаетъ за оконченное убійство, а A. лишь за покушеніе на убійство.

2) См Birkmeyer, V. D. II, 92, слѣд.

3) См., напр. Liszt, 225; Мокринскій, III, 518; Begrundung zum GE., 50; Birkmeyer, V. D. II, 145, 147 (только не de lege lata, въ виду § 47 St. G. B.).

4) Такъ M. Mayer, Reform, I, 367; Frank, 84, и особенно Binding, GS 76 т, 99, Olshausen, 164, относя соучастіе въ тѣсномъ смыслѣ только къ подстрекательству и пособничеству.

полнитель; его отвѣтственность прямо вытекаетъ изъ соотвѣтствующей статьи закона, предусматривающей совершенное имъ преступное дѣяніе; что же касается подстрекателей, пособниковъ и, по мнѣнію нѣкоторыхъ криминалистовъ, совиновниковъ, то ихъ отвѣтственность можетъ обосновываться только опредѣленіями законодательства, устанавливающими наказуемость этихъ лицъ за ихъ дѣйствія, имѣющія дополнительный характеръ и не объемлемыя безъ этихъ опредѣленій статьей особенной части, карающей самое выполненіе [5]). Дѣйствія этихъ лицъ наказываются такимъ образомъ, какъ участіе въ чужомъ дѣяніи, и причинная связь между ними и преступнымъ результатомъ отвергается, признается прерванной умышленнымъ дѣяніемъ исполнителя, или же разсматривается, какъ иная, имѣющая иное значеніе (психическая причинность [6]). Отвѣтственность соучастниковъ базируется при этомъ на общности вины ихъ и исполнителя, обосновываемой ихъ соглашеніемъ [7]); создается такимъ образомъ солидарная отвѣтственность [8]) соучастниковъ за причиненный другимъ лицомъ—исполнителемъ—результатъ.

При такомъ взглядѣ на соучастіе, при признаніи *крайне акцессорной* (по выраженію Макса Майера) [9]) *природы* его, это понятіе примѣняется только при наличности *виновнаго*

---

5) Въ отношеніи совиновниковъ отмѣчается, что нѣкоторые изъ нихъ могутъ выполнить дѣйствія, не осуществляющія состава деликта (Ausfuhrungshandlung). См предыд. примѣч. и ниже о разграниченіи виновничества и пособничества.

6) Frank, 85

7) Olshausen, 170, № 9; Таганцевъ, 739 и № 176; Schutze, 189 и § 33, слѣд., основывающій отвѣтственность на Mitschuld, взаимномъ психическомъ воздѣйствіи соучастниковъ; Frank, 92 (de lege lata) и Merkel-Liepmann, 163, въ отношеніи совиновниковъ; Garraud, II, 620—623, отрицающій соучастіе внезапное, т. е. безъ уговора или по крайней мѣрѣ tacitus consensus, и видящій въ немъ не соучастіе, а „connexité“, какъ въ преступленіяхъ толпы (633). О возможности соглашенія во время самаго исполненія дѣянія см Frank, Olshausen, l. c.

8) Такъ и нынѣ Таганцевъ, 739.

9) M. Mayer, 356.

исполнителя и при томъ дѣйствующаго *умышленно*; это соучастіе въ дѣяніи преступномъ какъ съ объективной, такъ и съ субъективной стороны, въ преступленіи, вмѣнимомъ исполнителю въ умышленную вину. При невозможности такого вмѣненія, когда, напр., исполнитель невмѣняемъ или дѣйствовалъ по неосторожности, онъ разсматривается, какъ орудіе въ рукахъ другихъ участниковъ, которые признаются уже не подстрекателями или пособниками, а посредственными виновниками (или учинителями, mittelbarer Thater), отвѣчающими за умышленное учиненіе деликта, тогда какъ исполнитель или не отвѣчаетъ, или же отвѣчаетъ за неосторожное совершеніе этого деликта, поскольку послѣдній карается и при неосторожности.

Такъ, лицо, подговорившее сумасшедшаго къ кражѣ или убійству или давшее для этого орудіе, разсматривается какъ посредственный виновникъ кражи, убійства; лицо, склонившее другого, вмѣняемаго, выстрѣлить въ находившійся вдали предметъ, убѣдивши его, что это волкъ, тогда какъ это былъ человѣкъ, отвѣчаетъ, какъ убійца, а выстрѣлившій можетъ отвѣчать за неосторожное лишеніе жизни, если при надлежащемъ вниманіи могъ бы распознать въ объектѣ человѣка. Такъ и совиновникъ, если онъ не подлежитъ отвѣтственности уже за исполненіе дѣянія, если его роль выразилась только въ осуществленіи части состава деликта, напр. во взломѣ хранилища, тогда какъ невмѣняемый соисполнитель похитилъ вещь оттуда, отвѣчаетъ все-же, какъ посредственный учинитель кражи. Эта конструкція соучастія и посредственнаго виновничества принята германской и итальянской судебной практикой, а также преобладающимъ большинствомъ ученыхъ нѣмецкихъ, итальянскихъ, а также русскихъ во главѣ съ Н. С. Таганцевымъ; къ этому взгляду склоняется и англо-американская юриспруденція [10]).

---

10) Liszt, 223; Meyer-Allfeld, § 36—III, Bar, II, § 323, Merkel-Liepmann, 161, Halschner, I, 399, 447; Berner, Theilnahme, 289, (даже непосредствен. учинитель), Lammasch, 38; Сергѣевскій, 295, Таганцевъ, № 174, изъ французск. криминалистовъ Ortolan, I, № 1262, далѣе,

2. Съ другой стороны, въ литературѣ, а также въ положительномъ правѣ, въ послѣднее время наблюдается стремленіе двоякаго рода: одни находятъ понятіе соучастія совершенно излишнимъ, продуктомъ неправильнаго взгляда на причинную связь и на вину въ уголовномъ правѣ, и хотѣли бы свести случаи соучастія къ посредственному виновничеству, а дѣятельность каждаго соучастника разсматривать, какъ отдѣльное причиненіе результата, или, какъ нѣчто самостоятельно наказуемое — такъ назыв. *théorie de la complicité délit distinct, Theorie der Verselbstandigung der Theilnahme*; другіе полагаютъ, что понятіе соучастія должно сохраниться, но съ инымъ содержаніемъ, и стоятъ *за* т. назыв. *(М. Майеръ) ограниченно акцессорную природу соучастія*[11]), которая выражается въ необходимости для соучастниковъ наличности преступнаго дѣянія исполнителя, но *только объективно-преступнаго*, хотя бы и не подлежащаго ему вмѣненію въ вину умышленную или въ вину вообще Такимъ образомъ, приведенные выше примѣры посредственнаго виновничества получаютъ характеръ также соучастія, и виновникъ господствующей доктрины превращается снова въ подстрекателя или пособника [12]) Такова точка зрѣнія, уже

итальянская практика и доктрина (Majno, №№ 335, 361; Manzini, II, 420 (ср., впрочемъ, 404, 405) и англо-американское право (Wharton, I, § 207). Австрійскій правит. проектъ (§ 12, ч. 4) содержитъ спеціальное постановленіе „Кто вызываетъ (bewirkt) совершеніе другимъ лицомъ наказуемаго дѣянія, которое послѣднему не можетъ быть вмѣнено въ умыселъ, или кто оказываетъ помощь такому дѣянію, есть исполнитель".

11) M. Mayer, l. c. Въ этомъ смыслѣ и Beling, § 54, особ. III, Binding, GS. 78 т., 33, 76 т., 100; Garraud, II, 713, 730· соучастникъ заимствуетъ преступность факта (квалификацію, 603), но не виновность исполнителя. Опредѣленно такъ Begründ къ GE., 47.

12) При этомъ теряетъ значеніе вопросъ объ ошибкѣ подстрекателя (или пособника) относительно того, вмѣняемъ или невмѣняемъ исполнитель (Kohler, G. Arch., 58 т., 7), вопросъ, вызывающій споръ объ отвѣтственности подстрекателя въ этомъ случаѣ (если исполнитель оказался, вопреки ожиданію, вмѣняемымъ, одни признаютъ умышленное посредственное совершеніе, напр Liszt, § 50, другіе неосторожное, напр Frank, 85, тамъ и друг указ.).

давно проводимая практикой и теоріей во Франціи [13]), усвоенная, повидимому, и у насъ [14]) и принимаемая германскимъ предварительнымъ проектомъ [15]).

III. Господствующая доктрина, дѣйствительно, построена на ложныхъ основаніяхъ: соучастники оказываются отвѣтственными за преступный результатъ, котораго они не причинили, караются, какъ участники чужой вины, въ силу одного субъективнаго отношенія къ деликту исполнителя, въ силу солидарной отвѣтственности [16]), умѣстной въ области гражданскаго права, тогда какъ уголовная вина должна быть индивидуальная; послѣдовательное проведеніе этого взгляда должно привести къ наказуемости уже простого соглашенія на преступленіе, не сопровождавшагося никакими дѣйствіями, направленными на его учиненіе [17]) Ученіе о перерывѣ причинной связи свободнымъ дѣяніемъ исполнителя, связанное съ признаніемъ абсолютно-свободной воли послѣдняго [18]), становилось въ противорѣчіе съ признаніемъ вліянія подстрекателя на принятіе исполнителемъ преступнаго рѣшенія и оставляло необъяснимой отвѣтственность какъ подстрекателя, такъ и пособника за преступный результатъ [19]).

---

13) Garçon, art. 59, 60, №№ 138, 151, 161, 162; Garraud, l. c.

14) Рѣш. 1867 г. № 263; 1872 г № 112.

15) Такъ M. Mayer, op. cit., ср. мнѣніе W. Mittermaier'a въ Z., 30 т., 629, и Binding'a, GS. 76 т., 89

16) См противъ этого Фойницкій, Юр. В. 1891 г., VII, 10; Kohler, Stud., I, 106; Beling, 392; Manzini, II, 407.

17) Такъ дѣйствительно постановленія старыхъ кодексовъ о комплотѣ (заговорѣ). Ср. ниже Ул. о нак. и Уг. Ул. ст. 52. Иногда впрочемъ, участіе въ уговорѣ можетъ имѣть характеръ психическаго пособничества, укрѣпляя преступную рѣшимость исполнителя (Frank, 84).

18) Kostlin, § 98; Birkmeyer, 143, 12.

19) Binding, GS. 76 т., 95; Kohler, GA. 58 т., 5, и даже Bar, II, 596 По поводу вліянія на выработку понятія соучастія французскаго права (такъ Liszt, § 49) см Bar, II, § 304, который ссылается на существованіе этого понятія въ средневѣковой доктринѣ у Bartolus и друг., хотя Baldus разсматривалъ подстрекательство, какъ учиненіе „quod quis per alium fecit ipse fecisse videtur"; „utique occidit", говоритъ и Carpzow Kohler, GA. 58 т., 9, находитъ толкованіе Bar'a неправильнымъ: и у Bartolus подстрекатель отвѣчаетъ ex delicto, а не ex mandato, т. е. за совершеніе деликта, а не за данное имъ порученіе.

При болѣе правильномъ взглядѣ на причинную связь, ее необходимо признать между дѣйствіемъ каждаго изъ участниковъ и преступнымъ результатомъ, на чемъ и должно основываться вмѣненіе его каждому, при наличности и субъективныхъ условій вмѣненія [20]). Каждое дѣйствіе должно быть только conditio sine qua non даннаго событія, въ его конкретномъ проявленіи, но непремѣнно conditio sine qua non. Если иногда возражаютъ, что дѣйствіе пособника можетъ остаться и безъ вліянія на осуществленіе деликта, помощь можетъ быть не использована, или что деликтъ могъ бы подчасъ осуществиться и безъ этой помощи [21]), то во-первыхъ при отсутствіи *всякаго* вліянія дѣйствіе пособника не наказуемо и не составляетъ въ сущности пособничества [22]), во-вторыхъ, рѣчь идетъ о значеніи дѣйствія, какъ условія наступленія результата въ томъ порядкѣ, какъ онъ in concreto послѣдовалъ, и возможность его наступленія и безъ пособничества при иномъ ходѣ событія не играетъ роли [23]). Эта точка зрѣнія позволяетъ и случаи соучастія разсматривать, какъ виновное причиненіе результата, и то обстоятельство, что послѣдній вызывается черезъ посредство другого также виновнаго субъекта — исполнителя, не препятствуетъ отвѣтственности тѣхъ, кто именуется на языкѣ господствующей доктрины подстрекателями, пособниками, совиновниками. Если всѣ они отвѣчаютъ, какъ посредственные исполнители, когда непосредственный исполнитель невмѣняемъ или дѣйствуетъ безъ умысла, то положеніе не измѣняется [24]) отъ того, что исполнитель также дѣйствуетъ умышленно; это можетъ имѣть значеніе только для *его* от-

---

20) Такъ Feurbach, § 44 (подстрекатель intellektueller, mittelbarer Urheber, необходимый пособникъ также Urheber, не необходимый пособникъ Nebenursache). О колебаніяхъ взгляда Фейербаха Bar, II, § 303. Далѣе за причинность Сергѣевскій, 296, Kohler, Getz, Liszt, Frank и др. см ниже.

21) Beling, Verbr, 391; Bierling, III, 340. Тимашевъ, 93, слѣд.

22) См ниже о пособничествѣ.

23) Проф Мокринскій, III, 593, слѣд

24) Binding, GS. 76 т., 96, пр 2, и 33, говоритъ въ этомъ случаѣ не о „mittelbare Täterschaft", а о „fremdhandige Täterschaft"—о совершеніи чужими руками, см. еще Binding, GS. 78 т., 19

вѣтственности. Указаніе на различіе между примѣненіемъ безсознательной силы и пользованіемъ сознательнымъ орудіемъ, приводимое, какъ доводъ разграниченія посредственнаго виновничества и соучастія, неубѣдительно; расчетъ на субъекта вмѣняемаго и сознающаго связь своего дѣйствія съ преступнымъ результатомъ слѣдуетъ признать во всякомъ случаѣ болѣе вѣрнымъ, чѣмъ на невмѣняемаго, дѣйствія котораго могутъ пріобрѣсть направленіе, совершенно неожиданное для соучастниковъ [25]). Такимъ образомъ *отвѣтственность* каждаго изъ соучастниковъ *можетъ обезпечиваться и безъ постановленій о соучастіи* въ общей части при помощи измѣненія редакціи статей особенной части такъ, чтобы статья охватывала всякое содѣйствіе преступленію —система, предложенная *Гецомъ* и принятая *Норвежскимъ кодексомъ* [26]), защищаемая также Колеромъ и Биндингомъ въ отношеніи подстрекательства: подстрекатель есть или посредственный виновникъ, или учинитель, auctor, „Urheber“ [27]).

---

25) Binding, op. c., 95, Nagler, op. c, 66, 67. Contra Bar, II, 624 Allfeld, § 36, пр 4. Ср. Kohler, Stud., I, 79.

26) Getz. Mit. J. K. V., V, 348, слѣд, особ 356; Liszt, ibid., 515, 516 (на Линцкомъ конгрессѣ); Bittl, op. c., 161, слѣд. Въ особенной части Норвеж. ул. статьи гласятъ. „кто дѣйствуетъ или содѣйствуетъ тому, чтобы (wer bewirkt oder dazu mitwirkt, dass ..)“ совершилось такое-то преступленіе (Birkmeyer, V. D. II, 128; Bittl, l. c.). Въ общей части § 58 опредѣляетъ: „если нѣсколько дѣйствовали вмѣстѣ для одной преступной цѣли и содѣйствіе нѣкоторыхъ было вызвано ихъ зависимостью отъ остальныхъ или по сравненію съ дѣятельностью другихъ имѣло меньшее значеніе, то наказаніе ихъ можетъ быть понижаемо ниже законнаго минимума или опредѣленъ другой родъ наказанія.

27) Kohler, G Arch., 58 т. (1911 г.), 6; Stud., I, 109, 83, Binding, GS. 76 т, 97 „все ученіе объ акцессорной природѣ подстрекательства сказка“, „подстрекатель—или посредственный виновникъ, или „Urheber“ (см. объ этомъ понятіи ниже), „исполнитель (Täter) есть тотъ, кто свою виновную рѣшимость, направленную на осуществленіе состава преступленія, выполнилъ собственноручно или далъ выполнить виновному или невиновному лицу“ (98), „Urheber это тотъ, кто не исполнитель, но, кто умышленно противоправно склонилъ другого къ совершенному послѣднимъ преступному дѣянію“. Но совиновничество и пособничество—соучастіе и по Binding'у (105).

Къ инымъ выводамъ приходятъ проф Фойницкій, австр. криминалистъ Николадони (на Линцкомъ съѣздѣ М. С. 1895 г) и Франкъ (въ V. D) Фойницкій [28]), признавая причинную связь подстрекательства съ преступнымъ результатомъ и трактуя первое какъ учиненіе, отвергаетъ эту связь въ дѣйствіяхъ пособника, *не участвовавшаго въ* самомъ *выполненіи* деликта Дѣйствія такого пособника должны поэтому разсматриваться самостоятельно, ибо немыслимо участіе въ чужой винѣ и соглашеніе не можетъ восполнить недостатокъ причинности. Ученіе о единствѣ вины и дѣянія, совершеннаго соучастниками, фикція, на самомъ дѣлѣ „quot delinquentes, tot delicta". и пособники должны отвѣчать—каждый за то, что имъ именно совершено; въ нѣкоторыхъ случаяхъ это окажутся деликты злоупотребленія должности, профессіи; для другихъ слѣдуетъ создать въ особенной части новые составы преступленій Конструкція такихъ деликтовъ представляется однако невозможной, если оторвать дѣйствія пособника отъ дѣянія исполнителя: они крайне многочисленны и разнообразны и сами по себѣ весьма часто не представляютъ ничего заслуживающаго репрессіи, какъ сообщеніе о времени отсутствія хозяина квартиры, передача лома, подвозъ къ опредѣленному мѣсту и т. д., поскольку эти дѣйствія не предпринимаются для осуществленія кражи, убійства и т. п. [29]). Игнорированье причинной связи пособничества и совершеннаго исполнителемъ дѣянія составляетъ несомнѣнную ошибку этой теоріи, какъ и отрицаніе единства преступленія для всѣхъ соучастниковъ [30]). если вина каждаго индивидуальная и каждый отвѣчаетъ за свою вину, то все же результатъ общей дѣятельности, въ какихъ бы формахъ она ни проявлялась,

---

28) Фойницкій, Юрид. Вѣстн., 1891 г., 23, слѣд.

29) Ср. возраженія Таганцева, 740, пр 1, Познышева, 376; Birkmeyer'a, V. D 133.

30) По выраженію Beling'a (391) „соучастіе это разложенное единство дѣянія („zerlegte Thateinheit"), положеніе „quot delinquentes tot delicta" имѣетъ у Beling'a только то значеніе, что мѣсто и время дѣйствія (въ вопросѣ о давности), а также вина и противоправность должны опредѣляться отдѣльно для каждаго соучастника (405, 406 и § 49)

не разложимъ на доли, и каждый отвѣчаетъ за него, напр. за причиненную смерть, какъ бы ни мала была его роль, какъ бы ни было ничтожно положенное условіе, хотя наказаніе можетъ быть разное.

Николадони [31]) и de lege ferenda Франкъ [32]) полагаютъ, что подстрекательство и пособничество должны быть наказуемы, какъ delicta sui generis, но наказаніе должно зависѣть отъ тяжести того дѣянія, къ которому подстрекали или которому содѣйствовали.

IV. Если оставить въ сторонѣ теоріи Фойницкаго и Николадони, не встрѣтившія сочувствія въ наукѣ [33]), то вопросъ сводится de lege ferenda къ выбору одной изъ двухъ системъ—Норвежскаго кодекса, или же—соучастія съ ограниченно-акцессорнымъ характеромъ. Преимущество должно быть отдано второй системѣ по техническимъ и практическимъ соображеніямъ [34]). Правда, и при совершенномъ упраздненіи понятія соучастія сохраняется отвѣтственность подстрекателей и пособниковъ, но, съ одной стороны, въ нѣкоторыхъ случаяхъ примѣненіе понятія посредственнаго учиненія можетъ вызывать сомнѣнія [35]), съ другой стороны, и во всѣхъ вообще случаяхъ принятіе Норвежской системы предполагаетъ признаніе теоріи причинной связи Бури-Листа (conditio sine qua non), между тѣмъ съ нею несогласны

---

31) См. у Фойницкаго, Ж М. Ю. 1896 г., I, 133, и Mit. I. K. V. V, 336, слѣд.

32) Frank, V. D. V, 187.

33) О неясности взгляда Франка Hagerup, въ Z 30 т., 764.

34) M. Mayer, 369, находитъ, что, признавать ли посредственное виновничество подстрекательствомъ, или обратно, есть споръ о словахъ.

35) особенно признаніе причинности встрѣчаетъ возраженія въ отношеніи формальныхъ деликтовъ, не требующихъ результата (въ тѣсномъ смыслѣ), такъ Beling, 391, Познышевъ, 373; Тимашевъ, 95, 99. Но это возраженіе имѣетъ скорѣе терминологическое значеніе: результатъ есть въ сущности и при этихъ деликтахъ и означаетъ „воспослѣдованіе“ (das Erfolgen) дѣянія (Ferneck, Rechtswidr., I, 387, Bar, II, 638), Frank говоритъ поэтому, что существо соучастія лежитъ въ поставленіи условія къ осуществленію состава деликта (84). См. еще по поводу пособничества, выше, прим. 21, и ниже о деликтахъ, требующихъ „собственноручнаго“ выполненія. Причинность склоненія къ нимъ—Urheberschaft, напр къ лжесвидѣтельству, признаетъ Binding (GS. 71 т. 14); см. такъ же Hagerup, Z 30 т., 765.

многіе ученые [36]), а населенію тѣмъ менѣе яснымъ можетъ представляться, что убиваетъ, т. е. причиняетъ смерть не только тотъ, кто наноситъ ударъ или стрѣляетъ, но и тотъ, кто даетъ для этого ножъ или патроны, или кто побуждаетъ къ этому, или что совершаетъ кражу и стоящій у дверей для предупрежденія воровъ объ опасности посторонняго вмѣшательства. Другое предположеніе этой системы— равная наказуемость всѣхъ соучастниковъ, съ варіаціями только въ предѣлахъ общихъ законныхъ рамокъ (minimum'a и maximum'a), между тѣмъ большинство ученыхъ находитъ необходимымъ смягченіе наказанія для пособниковъ, выходящее за эти предѣлы. Если принять это положеніе, которое слѣдуетъ признать вполнѣ справедливымъ, то оказывается нужнымъ выдѣлить категорію менѣе важныхъ соучастниковъ, указать ихъ отличительный признакъ и такимъ образомъ возвратиться къ понятію пособничества [37]).

V. Далѣе существуетъ рядъ преступныхъ дѣяній, которыя предполагаютъ въ субъектѣ особыя свойства и не могутъ быть совершены любымъ лицомъ, таковы напр.: прелюбодѣяніе, инцестъ, гомосексуализмъ, должностныя преступленія, лжесвидѣтельство, лжедоносъ, дезертирство; разсматривать лицо, склонившее другого, напр жену, родственника, чиновника, къ совершенію такого дѣянія, или оказавшее въ этомъ содѣйствіе, напр. предоставившее комнату для гомосексуальнаго акта, какъ исполнителя этого деликта, хотя бы посредственнаго, многіе находятъ невозможнымъ [38]) или во

---

36) См. Binding, GS. 76 т, 92, прим.

37) Birkmeyer, V. D II, 133—135; Beling, § 54; Bierling, III, 146; онъ указываетъ на неправильность оцѣнки дѣйствій соучастниковъ внѣ перспективы общности и на примѣненіе понятія соучастія, содѣйствія и въ области правомѣрныхъ отношеній, сходно Manzini, l. c., проводящій параллель между преступнымъ сотрудничествомъ и экономическимъ предпріятіемъ.

38) Такъ особ. Binding, GS 76 т, 36, 78 т., 14, 28, 35, 36. дезертиръ долженъ бѣжать собственными ногами, лжедоносчикъ самъ донести и т. д.; при такихъ деликтахъ возможно только пособничество и «Urheberschaft» (см. выше, прим 27), далѣе, M. Mayer, 368; проф. Мокринскій, III, 520, слѣд, Тимашевъ, 104; Frank, 86, Begrund. къ GE., 46, но съ замѣной «Urheberschaft» подстрекательствомъ. Противъ Urheber-

всякомъ случаѣ неточнымъ: совершеніе инцеста неродственникомъ, гомосексуализма, непотребства или лжесвидѣтельства лицомъ, которое само не предпринимало требуемыхъ составомъ преступленія дѣйствій, звучитъ анекдотически

Иногда къ такимъ преступленіямъ относятъ и деликты, требующіе спеціальнаго умысла [39]), какъ animus sibi habendi при кражѣ, и полагаютъ, что лицо, не имѣющее этого намѣренья, не можетъ быть исполнителемъ даже тогда, когда само совершаетъ главный актъ, напр., изъемлетъ вещь изъ владѣнія, и тѣмъ менѣе можетъ разсматриваться, какъ (посредственный) исполнитель, когда только содѣйствуетъ выполненію этого акта другимъ лицомъ.

Чтобы обезпечить отвѣтственность такихъ дѣйствующихъ лицъ, которыя по изложеннымъ основаніямъ не могутъ быть подводимы подъ понятіе исполнителя, приходится или создавать особые деликты: напр., предусматривать въ особенной части склоненіе къ лжесвидѣтельству, содѣйствіе разврату и т. п., или же сохранить понятіе соучастія по крайней мѣрѣ для этихъ случаевъ [40]).

2. Этотъ послѣдній путь избираетъ Контръ-проектъ. съ одной стороны, для обыкновенныхъ случаевъ онъ прибѣ-

---

schaft Birkmeyer, V. D. 144. Kohler, Stud., 131, находитъ, что то, что нельзя физически совершить самому, можно выполнить черезъ другого.

39) Olshausen, 172, № 17; Binding, GS 76 т, 37 и 78 т, 29; Kohler, GA. 58 т, 8 (приводитъ рѣшеніе RG. объ отсутствіи намѣренья де фраудаціи у лицъ, выполнившихъ таможенное нарушеніе, когда это намѣренье было у ихъ хозяина-купца); Мокринскій, III, 518, пр. 2; Merkel-Liepmann, 161; см еще Garraud, II, 617, Meyer-Allfeld, 236, 237, и Liszt, 223; Beling, Verbr., 423 Frank, 87, находитъ вмѣстѣ съ Вахенфельдомъ, что и при похищеніи для другого есть animus sibi habendi

40) Относительно возможности посредственнаго виновничества, въ случаѣ невмѣняемости непосредственнаго исполнителя при указан. въ текстѣ деликтахъ, существуетъ разногласіе; отрицательный отвѣтъ даютъ Nagler, 72, слѣд., Binding, GS. 71 т, 15, Beling, 239 (развѣ бы посредственный виновникъ самъ имѣлъ требуемое составомъ свойство, напр. одинъ чиновникъ совершаетъ черезъ невмѣняемаго другого чиновника должностное преступленіе); утвердительный Liszt, § 50, № 3, Meyer-Allfeld, 237, пр 6, и друг За распространеніе „посредственнаго виновничества“ при такихъ деликтахъ и на случаи невмѣняемости исполнителя—Frank, 86.

гаетъ къ понятію „mittelbare Thäterschaft“: согласно § 31, „какъ исполнитель наказывается и тотъ, кто содѣйствуетъ при выполненіи вмѣнимому ему преступному дѣянію, или же кто вызываетъ его выполненіе черезъ другое лицо или противно обязанности допускаетъ [41]) его совершеніе“. Но, съ другой стороны, для отмѣченныхъ выше особыхъ случаевъ Контръ-проектъ сохраняетъ понятіе соучастія, при томъ съ ограниченно-акцессорной природой послѣдняго согласно § 32, „кто умышленно склонилъ другого къ совершенному послѣднимъ преступленію или проступку, тотъ, если онъ не можетъ быть наказанъ, какъ исполнитель, *по отсутствію законнаго признака состава,* наказывается, какъ подстрекатель, наравнѣ съ исполнителемъ. Далѣе, согласно § 33, всякое умышленное участіе въ совершенномъ другимъ преступленіи или проступкѣ, не подходящее подъ (только что приведенные) §§ 31 и 32, наказывается, какъ пособничество“.... [42]). Соучастіе пріобрѣтаетъ дополнительный, субсидіарный характеръ и *акцессорность понимается въ ограниченномъ смыслѣ,* согласно съ М. Е Майеромъ [43]). Для выраженія этой мысли Контръ-проектъ въ § 34, ч. 2, опредѣляетъ· „Наказаніе соучастника (подстрекателя, пособника) примѣняется независимо (ohne Rücksicht) отъ наказуемости личности исполнителя“, т е. и тогда, когда послѣдній былъ невмѣняемъ или же дѣйствовалъ bona fide.

Необходимо однако обратить вниманіе на то, что вопросъ о распространеніи отвѣтственности и на лица, которыя сами непосредственно не могутъ выполнить даннаго преступленія, принадлежитъ къ числу весьма спорныхъ и получаетъ неодинаковое разрѣшеніе въ законодательствахъ и судебной практикѣ.

Французская практика и доктрина [44]) даютъ на этотъ вопросъ утвердительный отвѣтъ, опираясь именно на акцес-

41) Слишкомъ широкимъ находитъ это постановленіе Kohler, GA 58 т. 296, 297; за признаніе въ этомъ случаѣ „отрицательнаго пособничества“, но не болѣе Binding, GS. 76 т., 41.

42) Такъ и содѣйствіе при исполненіи, если недостаетъ законный признакъ состава (Begrund z. GE. 51, 54).

43) Begrund, 47, 48.

44) Garçon art. 59, 60, № 417 и слѣд. Ortolan, 1, № 1284; Beling, 422. О соотвѣтствіи этихъ выводовъ акцессорному характеру соучастія

сорную природу соучастія и признавая, что отвѣтственность соучастниковъ опредѣляется отвѣтственностью исполнителя. Поэтому всѣ тѣ обстоятельства, которыя *обосновываютъ преступность* дѣянія послѣдняго, какъ должностное положеніе, *и даже тѣ, которыя придаютъ* его дѣянію *характеръ квалифицированнаго или привилегированнаго,* сохраняютъ свое значеніе и для соучастниковъ, хотя бы эти обстоятельства были связаны съ личностью исполнителя. Такимъ образомъ, въ отличіе отъ изложенной выше точки зрѣнія, не желательность обезпечить отвѣтственность лицъ, не могущихъ непосредственно учинить данное преступленіе изъ категоріи

Birkmeyer, V. D., 157; contra Kostlin, Syst., 283 Даже свойство умысла исполнителя (предумышленье) переносится на соучастниковъ. Напротивъ, свойства личныя для послѣднихъ, не оказываютъ вліянія на отвѣтственность ни ихъ, ни исполнителя· сынъ подстрекнулъ посторонняго убить отца его, подстрекателя, оба отвѣчаютъ за неквалифицированное убійство. Противъ французской системы Garraud, II, № 703 и стр. 729, Vidal, № 432. Они въ пользу ст. 65 Итал. код., согласно которой обстоятельства и свойства, присущія лицу, постоянныя или случайныя, которыми отягчается наказаніе *кого-либо* изъ соучастниковъ (*хотя бы не исполнителя*), отражаются на отвѣтственности и другихъ, знавшихъ объ этомъ свойствѣ, *поскольку оно служило къ облегченію выполненія*, такъ, всѣ отвѣчаютъ за домашнюю кражу, если одинъ изъ соучастниковъ былъ слугой обкраденнаго, и другіе знали объ этомъ. Наказаніе, по ст 65, однако для этихъ другихъ уменьшается на 1/6, а ergastolo замѣняется reclusione на 20—30 лѣтъ. Другія личныя обстоятельства. родство съ жертвой при убійствѣ, предумышленье не вліяютъ на отвѣтственность остальныхъ, Majno, Commento, №№ 362—364; Manzini, II, 450—461, относительно личныхъ *смягчающихъ* обстоятельствъ, какъ excuse de provocation, существуетъ разногласіе (въ пользу вліянія на другъ соучастниковъ Majno, № 361, франц. практика, Garçon, № 445, слѣд, противъ Manzini, II, 458, 459). Что касается личныхъ обстоятельствъ, опредѣляющихъ самое бытіе преступленія, то при ихъ наличности у исполнителя отвѣчаютъ и соучастники, ими не располагающіе, напр. частныя лица за соучастіе въ должностномъ деликтѣ, такъ для Франціи Garçon, № 137, для Италіи Majno, № 359 (такъ и посторонній участникъ инцеста), ибо абсурдно оставлять ихъ безнаказанными; такъ и бельгійская практика, Kohler, GA. 58 т, 10; онъ указываетъ, что новѣйшая итальянская практика за ненаказуемость частнаго лица, участвовавшаго въ peculatus или должностномъ подлогѣ. Рецидивъ или привычка къ преступной дѣятельности имѣютъ строго личный характеръ и во Франціи, и въ Италіи— Garraud, II, 727; Garçon, art. 58, № 446; Manzini, II, 460.

delicta propria, приводитъ къ сохраненію акцессорной природы соучастія, а, напротивъ, изъ нея, какъ изъ безспорнаго положенія, дѣлается выводъ о наказуемости этихъ лицъ. Въ виду этого не только частное лицо можетъ быть субъектомъ должностного преступленія, въ качествѣ соучастника, но и посторонній В., подстрекнувшій С. къ убійству его отца (этого С.) или оказавшій ему содѣйствіе, карается, какъ complice по статьѣ, предусматривающей не обыкновенное убійство, а отцеубійство.

Напротивъ, германскій кодексъ спеціально оговариваетъ, что личныя квалифицирующія или привилегирующія обстоятельства, имѣющіяся въ лицѣ одного соучастника не отражаются на отвѣтственности остальныхъ, поэтому подстрекатель или пособникъ къ отцеубійству или дѣтоубійству отвѣчаетъ, какъ соучастникъ обыкновеннаго умышленнаго убійства. Но законъ (§ 50) не упоминаетъ объ обстоятельствахъ, опредѣляющихъ преступность дѣянія, и изъ этого умолчанія дѣлается выводъ e contrario, что такое личное свойство или отношеніе, которымъ обусловливается самая преступность дѣянія, которое составляетъ конститутивный признакъ послѣдняго и которымъ располагаетъ или въ которомъ находится исполнитель, имѣетъ значеніе для отвѣтственности и подстрекателя, и пособника: они подлежатъ наказанію за участіе въ деликтѣ, выполненіе коего для нихъ недоступно, за исключеніемъ случаевъ, гдѣ кодексъ особо предусмотрѣлъ соучастіе въ такомъ преступленіи, какъ delictum sui generis [45]). Еще дальше идетъ *наше Угол. Ул.*: согласно 4 ч. 51 ст., „*особыя личныя отношенія и условія, опредѣляющія, усиливающія или уменьшающія наказуемость кого-либо изъ соучастниковъ, не вліяютъ на отвѣтственность другихъ*“. Такимъ образомъ, участникъ квалифицированнаго и привилегированнаго преступленія наказы-

45) Такъ communis opinio, противъ необходимости этого вывода § 50 Nagler, 97; за ненаказуемость частнаго лица, участника должностного деликта, Finger, I, 364. Въ пользу распространенія постановленія § 50 и на личныя обстоятельства, исключающія наказуемость (родство при семейной кражѣ) Liszt, Z. 30 т., 275 (такъ и австр. и швейцар. предварит. проекты) и Kohler GA. 58 т., 3.

вается за соучастіе въ соотвѣтствующемъ простомъ преступленіи безъ этихъ квалифицирующихъ и т. п. моментовъ, какъ въ Германіи; но участникъ такого деликта, *бытіе* котораго предполагаетъ въ исполнителѣ особыя личныя условія, совсѣмъ не подлежитъ отвѣтственности, напр., частное лицо, участвовавшее въ должностномъ преступленіи, поскольку послѣднее не представляетъ собою и общаго преступленія, т. е. не является квалифицированнымъ видомъ послѣдняго, какъ растрата денегъ, ввѣренныхъ по службѣ, по сравненію съ растратой вообще; въ этомъ случаѣ частное лицо отвѣчаетъ, какъ соучастникъ обыкновенной растраты; когда же преступленіе чисто должностное, напр. интеллектуальный подлогъ, то соучастіе недолжностныхъ лицъ исключается.

Угол. Ул. санкціонировало этимъ постановленіемъ теорію, принятую Сенатомъ въ рѣш 1882 г. № 40 по дѣлу Саркисова [46]), а также въ рѣш. 1884 г. № 13; 1885 г. № 28; 1883 г. № 27. Точку опоры эта практика находитъ въ существованіи въ особенной части спеціально предусмотрѣнныхъ случаевъ участія частныхъ лицъ въ преступленіяхъ должности (ст. 382 и 272[2] Ул. о нак.). Это delicta sui generis, и всѣ остальные случаи не наказуемы. Примѣненіе понятія соучастія далѣе встрѣчаетъ иногда препятствіе въ санкціи статьи, предусматривающей то, или иное должностное преступленіе: если законъ опредѣляетъ наказаніе изъ категоріи особенныхъ, перечисленныхъ въ ст. 65-ой, какъ исключеніе изъ службы, вычетъ изъ жалованья и т. п., то недолжностное лицо нельзя подвергнуть наказанію.

Въ послѣднее время Сенатъ не относитъ къ чисто должностнымъ деликтамъ интеллектуальнаго подлога. Это дѣяніе, предусм. ст. 362 Ул. о нак., предполагаетъ внесеніе должностнымъ лицомъ въ исходящій отъ него документъ завѣдома невѣрныхъ свѣдѣній. Частное лицо не можетъ быть исполнителемъ этого деликта, а согласно прежней теоріи Сената, и соучастникомъ [47]), такъ какъ интеллектуальный под-

46) Такъ до того Госуд Совѣтъ въ мнѣніи по дѣлу Янковскаго и Косарева (4 ноября 1873 г.), см. Таганцевъ, 794, который также въ пользу этого; такъ и Кулишеръ въ Ж. Уг., 1913 г., № 2, стр. 154. Такова же точка зрѣнія Köstlin'a, System, 285, и Berner'a, Theiln, 342 (дѣло Мюллера).

47) Рѣш 1883 г., № 27

логъ, какъ общее преступленіе, доступное совершенію любымъ субъектомъ, неизвѣстенъ Ул. о нак. Сенатъ однако находитъ въ этомъ случаѣ примѣнимой къ соучастникамъ 294 ст. [48]).

Больше всего возраженій вызываетъ въ наукѣ рѣшеніе вопроса, принятое во Франціи въ отношеніи квалифицирующихъ и привилегирующихъ обстоятельствъ: законодатель, усиливая или уменьшая наказаніе, придаетъ значеніе особымъ узамъ родства (напр. при отцеубійствѣ) или особому состоянію психики опредѣленнаго лица (напр. при дѣтоубійствѣ), и перенесеніе этихъ моментовъ на другихъ, участвовавшихъ въ преступленіи, не связанныхъ этими узами или не находящихся въ особомъ психическомъ состояніи, не можетъ быть оправдано [49]); можно, конечно, утверждать, что, зная объ этихъ моментахъ, и не считаясь съ ихъ значеніемъ для исполнителей, другіе участники проявляютъ болѣе преступное настроеніе [50]); но все-таки для характеристики послѣдняго такія особенности деликта имѣютъ только косвенное, отраженное значеніе и не должны оказывать на ихъ отвѣтственность такого же вліянія, какъ на отвѣтственность лицъ, непосредственно охватываемыхъ составомъ квалифицированнаго деликта [51]).

Что касается личныхъ условій и отношеній, *обосновывающихъ* преступность, то часто проводится различіе [52]) между 1) *физической* невозможностью учиненія деликта даннымъ лицомъ, напр.: изнасилованья женщиной, и 2) *юридической*, напр.: совершенія инцеста лицомъ, не связаннымъ род-

---

48) рѣш. 1906 г. № 9, по дѣлу Шихобалова, и 1916 г. № 4; см. однако въ прежнемъ направленіи отдѣленское рѣш. Уг. Деп. Сената, 2 мая 1912 г., по дѣлу о продажѣ Александро-Свирской церковной земли (Ж Уг. 1913 г., № 2, 155).

49) Правильно Rossi, II, 217.

50) Такъ Bar, II, 663, въ отношеніи подстрекателя, со ссылкой на Дециана и Берлиха.

51) За отягченіе или смягченіе въ предѣлахъ законныхъ рамокъ наказанія за простое преступленіе Колоколовъ въ замѣчаніяхъ на Проектъ Уг. Ул. (См. Палаузовъ, op. c., 105), Kohler, Stud, 112; Хейфецъ, 92. За французскую систему Будзинскій (см. Палаузовъ, l. c.), Schutze, Notw. Theiln, 272 и § 49, Спасовичъ, 169.

52) Таганцевъ, I, 768, 793; Bar, II, § 336, слѣд. Ср. Frank, 86 (изнасилованіе не „Sonderverbrechen“).

ствомъ съ другимъ участникомъ этого преступленія, или совершенія преступленія по должности лицомъ посторонним; 3) или же *преступленія опредѣленнаго класса* лицъ, какъ послѣднее изъ только что упомянутыхъ или преступленія воинскія, выдѣляются въ особую группу, которой только и присваивается наименованіе „преступленія особенныя", delicta propria (Sonderverbrechen) [53]). Въ отношеніи первыхъ почти единогласно признается возможность соучастія [54]), хотя иногда отвергается возможность совиновничества [55]); въ отношеніи второй и третьей группы деликтовъ [56]), или же только третьей, нѣкоторые криминалисты высказываются противъ примѣненія началъ о соучастіи, находя, что законодатель имѣлъ въ виду настигнуть именно непосредственныхъ исполнителей дѣянія [57]), что запреты, за нарушеніе кото-

---

53) Такъ Bar, II, § 339,—только „Standesverbrechen"; только для принадлежности къ этимъ классамъ существуютъ признаки, законы и обязательныя правила, выдѣляющіяся совершенно особымъ образомъ". Гораздо шире понятіе „Sonderverbrechen" у Nagler'a, § 4; Frank'a, 87; Kohler'a GA. 58, 10—12 (сюда также деликты, состоящія въ нарушеніи въ высшей степени личныхъ обязанностей семейныхъ, профессіональныхъ и т. п.).

54) Таганцевъ, I, 793, 768; Bar, II, § 336. Онъ указываетъ, что согласно Boehmer'y подстрекательство исключалось при delicta carnis въ виду отсутствія намѣренья удовлетворенія собственной похоти. Decianus полагалъ, что подстрекательство къ подлогу со стороны слѣпого ненаказуемо, если слѣдовать строгому праву, но примѣнима poena extraordinaria.

55) Такъ Nagler, 79; Olshausen, 173, № 20; Bar, II, 608 (женщина при изнасилованіи можетъ быть только необходимымъ пособникомъ—Hauptgehilfe); Binding, GS. 78 т., 16. Allfeld, § 36, пр. 29, и Frank, 86 b. и 93, VI, признавая, что совиновникомъ можетъ быть только тотъ, кто можетъ быть непосредственнымъ единымъ виновникомъ (Alleintater), справедливо находятъ возможнымъ совиновничество женщины при изнасилованіи мужчиной другой женщины, состоящее, напр., въ насильственномъ устраненіи ея сопротивленія (такъ Allfeld, ибо это составное преступленіе, состоящее изъ двухъ актовъ—насилія и полового акта).

56) Таганцевъ, № 187; Фонъ-Резонъ въ замѣчаніяхъ на Проектъ Уг. Ул. (Палаузовъ, op. c. 104).

57) Таганцевъ, 796. Merkel, 162, хотя и полагаетъ, что если законъ говоритъ должностное лицо, то недолжностное не охватывается составомъ преступленія, однако признаетъ соучастіе постороннихъ наказу-

рыхъ установлено наказаніе, адресуются только къ кругу лицъ, которымъ доступно совершеніе такого деликта, или же еще указываютъ на то, что при нѣкоторыхъ изъ этихъ деликтовъ объектомъ посягательства служитъ для однихъ, напр. должностныхъ лицъ, одно благо, для другихъ, посторонникъ—другое [58]), и что поэтому дѣяніе соучастниковъ можетъ быть караемо только, какъ delictum sui generis [59]), таково лихоимство и посредничество при немъ, тогда какъ для исполнителей это лихоимство.

3 Едва ли однако можно отрицать, что воля соучастника въ деликтѣ, принадлежащемъ къ одной изъ упомянутыхъ категорій, направлена все-же на осуществленіе этого деликта: оказывающій содѣйствіе непотребству или инцесту, склоняющій къ ложному показанію, къ неправосудному рѣшенію, къ служебному злоупотребленію, каждый несетъ вину въ томъ, что одно изъ этихъ преступленій въ итогѣ

емымъ въ виду ихъ „kausaler Antheil" въ преступномъ результатѣ. Обязательность нормъ при delicta propria и для посторонникъ признаетъ Halschner, I, 439.

58) Nagler, 75; но онъ приходитъ къ выводу о наказуемости соучастниковъ на томъ основаніи, что признаетъ при delicta propria существованіе вторичныхъ нормъ, адресующихся съ велѣніями и запретами ко всему населенію (114, слѣд.). Этотъ путь обезпеченія наказуемости Beling (425) находитъ искусственнымъ, окольнымъ. Bar, § 340 различаетъ исполненіе особыхъ обязанностей и уваженіе къ послѣднимъ, которое доступно всѣмъ; но, допуская соучастіе, Bar требуетъ, чтобы обязанность принадлежала къ такимъ, значеніе которыхъ чувствуется всякимъ, напр. обязанность объективнаго отправленія правосудія, но не обязанность сохраненія телеграфистомъ тайны; поэтому вопросъ о наказуемости соучастниковъ и слѣдуетъ предоставить суду, или же въ особенной части отмѣчать, что при данномъ деликтѣ соучастіе ненаказуемо. Проф. Ширяевъ, Вяточнич. и лиходательство (1916), 250—252, различаетъ въ должностныхъ преступленіяхъ такія, которыя недоступны выполненію посторонникъ въ виду способа (интеллектуальный подлогъ), и—въ виду особенностей объекта (лихоимство), соучастіе возможно только при первыхъ; наказуемость при вторыхъ можетъ быть результатомъ спеціальныхъ постановленій особен. части.

59) Kohler, GA. 58 т., 11 и 297, указываетъ, что частное лицо тогда можно подвергать репрессіи еще до покушенія должностного лица.

его дѣятельности послѣдовало [60]). Вопросъ можетъ заключаться только въ томъ, слѣдуетъ ли считать его вину равной винѣ самого исполнителя, умѣстно ли карать подстрекателя на общихъ основаніяхъ, т. е. наравнѣ съ давшимъ ложное показаніе, совершившимъ инцестъ, постановившимъ неправильное рѣшеніе, а пособнику смягчать наказаніе не болѣе, чѣмъ при обыкновенныхъ случаяхъ пособничества? На этотъ вопросъ слѣдуетъ дать скорѣе отрицательный отвѣтъ, въ особенности при соучастіи въ должностныхъ преступленіяхъ: особое положеніе должностного лица, обязывающее его къ особо бережному отношенію къ даннымъ ему полномочіямъ, дѣлаетъ его вину болѣе тяжкой. Это различіе можетъ найти для себя выраженіе или въ смягченіи отвѣтственности подстрекателя [61]) и въ большемъ, сравнительно съ нормальнымъ, смягченіемъ отвѣтственности пособника при этихъ деликтахъ, или же въ созданіи изъ наиболѣе типичныхъ проявленій склоненія къ нимъ или содѣйствія имъ (напр., при помощи предоставленія матеріальныхъ выгодъ) самостоятельныхъ составовъ преступленія [62]). Какой изъ этихъ двухъ способовъ лучше, это вопросъ законодательной техники и лишь отчасти уголовной политики. Въ первомъ отношеніи, конструкція самостоятельныхъ составовъ обременитъ особенную часть кодекса и, вслѣдствіе казуистичности, можетъ оставить часть случаевъ соучастія постороннихъ лицъ въ такихъ деликтахъ внѣ репрессіи,

---

60) Merkel-Liepmann, l. c.; Колоколовъ, 154, 155; Палаузовъ, op. c., 104, и преобладающее большинство (см. выше).

61) Такъ Binding, GS. 76 т., 107, относя это къ деликтамъ всѣхъ выше указан. категорій, даже къ изнасилованію (106), Kohler, GA. 58 т., 297; оба предлагаютъ наказывать подстрекателя—Urheber'a, какъ при покушеніи; но при должностныхъ Kohler, ib., 10, 11, предпочитаетъ систему delictum sui generis.

62) За это второе рѣшеніе вопроса Познышевъ, 389, 398; Е. Кулишеръ, Доклады Вашингтонск. тюремн. конгрессу 1910. Изд. 1912 г., стр. 14; Угол. Улож. и Таганцевъ, l. c., Bar, выше, пр. 59, (онъ и Познышевъ имѣютъ въ виду должностныя преступленія, Н. С. Таганцевъ и Кулишеръ упоминаютъ и о другихъ). Kohler, l. c. указываетъ на наказуемость склонявшихъ къ такому преступленію за самое склоненіе, еще до совершенія должностнымъ лицомъ или лжесвидѣтелемъ покушенія, въ отличіе отъ момента наказуемости соучастниковъ.

тогда какъ, примѣняя начала о соучастіи, со смягченной наказуемостью, можно избѣгнуть опасности пробѣловъ, но зато въ отношеніи бо́льшей дифференціаціи отвѣтственности соучастниковъ созданіе самостоятельныхъ деликтовъ даетъ преимущества: отвѣтственность соучастниковъ въ отдѣльныхъ преступленіяхъ можетъ быть установлена съ бо́льшимъ разнообразіемъ въ выборѣ мѣры репрессіи, чѣмъ при системѣ соучастія, а нѣкоторыя формы подстрекательства или пособничества или же всѣ формы соучастія при нѣкоторыхъ деликтахъ могутъ не влечь никакой отвѣтственности, не вслѣдствіе пробѣловъ, а по соображеніямъ уголовной политики: напр., для обезпеченія доказательствъ лихоимства и болѣе легкаго его обнаруженія, можетъ быть признано нужнымъ не подвергать наказанію лиходателей [63]).

VI. Въ литературѣ много споровъ возбуждаетъ вопросъ о возможности неосторожнаго соучастія.

Въ томъ случаѣ, когда *всѣ дѣйствуютъ неосторожно*, отвѣтственность каждаго изъ причинившихъ результатъ обезпечивается и безъ помощи соучастія [64]), такъ какъ суще-

---

63) Въ норвежскомъ улож. при тѣхъ преступленіяхъ, при которыхъ наказуемы только непосредственные исполнители, редакція статьи закона измѣняется такъ, что опускаются слова „или кто содѣйствовалъ“, ср. выше, пр. 26 и Getz. M. I. K. V. V, 358.

64) Такъ Liszt, 226, разсматривающій эти случаи, какъ „Nebentaterschaft“; Meyer-Allfeld, 242; Garçon, art. 59, 60, № 366; Tosti, Colpa, 200, (тамъ же указ. и на друг. мнѣнія итальянск. криминалистовъ) и многіе друг.; противъ неосторожнаго соучастія Таганцевъ, 175; изъ старыхъ криминалистовъ Köstlin, Syst., 281, 282; Halschner, I, 396, пр. 1 и особ. 441, слѣд., (хотя и говоритъ о неосторожномъ соучастіи, но не въ техническомъ значеніи слова „соучастіе“); далѣе Olshausen, 170 (№ 10), 178, de lege lata; Frank, 88, но онъ признаетъ неосторожное совиновничество (92), ибо есть сознаніе общей дѣятельности; такъ и Binding, GS, 76 т., 101, слѣд. Соучастіе при неосторожности признаютъ Schutze, 182, слѣд. (усматриваетъ и здѣсь взаимное психическое воздѣйствіе—Mitschuld); Сергѣевскій, 300; Познышевъ, § 231, стр. 387, 388, 396; Mannini, II, № 488—II, и Garraud, II, № 650—I (оба даже de lege lata: давшій норовистую лошадь плохому ѣздоку пособникъ въ совершенномъ послѣднимъ неосторожномъ причиненіи вреда; приказавшій шоферу развить чрезмѣрную скорость—подстрекатель), далѣе отчасти Binding Kohler и др., см. ниже. За неосторожное подстрекательство къ неосторожному дѣянію Хейфицъ, op. c., гл. V

ствуютъ причинная связь дѣйствія каждаго съ результатомъ, которая не признается прерванной присоединяющейся дѣятельностью другого, и неосторожная вина, напр.: въ случаяхъ, когда одинъ изъ рабочихъ отдаетъ распоряженіе сбросить на улицу съ лѣсовъ строящагося зданія тяжелую балку, другой исполняетъ это, а третій ему помогаетъ [65]) или когда одинъ, увѣренный въ своемъ искусствѣ, изъ хвастовства стрѣляетъ издали въ трубку, которую куритъ пахарь, а другой, по просьбѣ стрѣлка, позволяетъ ему положить на свое плечо ружье для обезпеченія успѣха опыта,—всѣ подлежатъ отвѣтственности за неосторожное лишеніе жизни, если пуля уложила пахаря или балка задавила прохожаго. Примѣненіе началъ объ отвѣтственности подстрекателя или пособника не только невозможно de lege lata, ибо положительное право требуетъ умысла соучастниковъ, но и излишне de lege ferenda, тѣмъ болѣе что нѣтъ надобности въ смягченіи отвѣтственности, принятомъ для пособничества [66]), и отпадаютъ другія основанія сохраненія соучастія въ ограниченно акцессорномъ смыслѣ, приведенныя въ отношеніи умышленныхъ деликтовъ. такъ, лжесвидѣтельство, инцестъ и многіе друг. деликты не допускаютъ неосторожнаго совершенія, и вопросъ о неосторожномъ соучастіи въ ихъ выполненіи совсѣмъ не можетъ возникнуть.

Когда *одни дѣйствуютъ умышленно, другіе по неосторожности* и при томъ всѣ совершаютъ дѣяніе, описанное въ законѣ, т. е. такъ наз главный актъ, то каждый отвѣчаетъ за причиненный общими силами результатъ, вмѣнимый однимъ въ умыселъ, другимъ въ неосторожность [67]). Если исполнитель или нѣсколько исполнителей дѣйствуютъ умышленно, то неосторожное подстрекательство логически исключается, такъ какъ чужое умышленное дѣяніе, при отсутствіи уговора или завѣдомости, лежитъ внѣ области предвиди-

---

65) Соглашеніе усматриваетъ здѣсь Frank, 92, а Binding, 104 „Willenseinigung" и „Handlungsgemeinschaft".

66) За смягченіе наказанія неосторожному пособнику Kohler, GA. 58 т., 103. Въ пользу ненаказуемости неосторожнаго побужденія къ неосторож. дѣянію или неосторожнаго содѣйствія Wuttig, § 18.

67) „Смѣшанное совиновничество", по Binding'у, l. c. и GS. 78 т., 17.

маго [68]); неосторожное содѣйствіе также едва ли мыслимо, ибо оказывающій его безъ представленія о томъ, какое употребленіе сдѣлаетъ изъ данной услуги другое лицо, не можетъ предвидѣть преступнаго результата, напр.: лицо, давшее другому топоръ, не зная о намѣреньи его совершить убійство или кражу со взломомъ, не можетъ отвѣчать за неосторожное пособничество [69]).

Наконецъ, если дѣяніе исполнителя неосторожное, а другіе участники дѣйствуютъ съ умысломъ, склоняя его къ причиненію преступнаго результата, котораго онъ самъ не желаетъ ни прямо, ни эвентуально, или оказывая ему помощь, то въ этихъ дѣйствіяхъ можно видѣть или посредственное виновничество (такъ господствующее мнѣніе, см. выше), или подстрекательство и пособничество, если признать ограниченно акцессорную природу соучастія [70]). Для смягченія отвѣтственности пособника въ этомъ случаѣ основаніемъ можетъ служить меньшая увѣренность въ достиженіи результата при расчетѣ на чужое неосторожное дѣйствіе [71]), чѣмъ при непосредственномъ выполненіи, особенно, если къ пособничеству относить содѣйствіе до приступа къ исполненію: такъ, врачъ, зная, что невѣжественный фельдшеръ хочетъ сдѣлать больному вспрыскиваніе морфіемъ, отъ котораго тотъ не поправится, а погибнетъ, даетъ ему шприцъ и морфій; если расчетъ врача оправдается, то фельдшеръ отвѣчаетъ за неосторожное лишеніе жизни, врачъ за пособничество къ убійству умышленному; интен

---

68) По Olshausen'у, нѣтъ тогда причинной связи (178).

69) Возможнымъ, но ненаказуемымъ признаютъ подстрекательство и пособничество неосторожныя къ умышленному дѣянію Frank, 97, 101. Olshausen, 177, 178, 190 (№ 13); Wuttig, § 17 Binding, l. c., и GS. 78 т., 24 (кассиръ забылъ ключъ отъ кассы, что дало ворамъ возможность совершить кражу); Kohler даже за наказуемость (G. Ar. 58 т., 13), смягчаемую для пособника (А. даетъ В. пистолетъ, когда долженъ былъ бы знать, что В. совершитъ имъ убійство); такъ и Begrund. къ GE. 47 (наказывается за неосторожное совершеніе).

70) Въ этомъ объемѣ пособничество и Urheberschaft при неосторожности признаетъ наказуемымъ и Binding въ указан. статьяхъ.

71) Ср. замѣчаніе Binding'а GS. 76 т., 33, по поводу умышленнаго содѣйствія невмѣняемому.

сивность его преступнаго настроенія представляется меньшей, чѣмъ, если бы онъ самъ совершилъ вспрыскиванье, и даже, чѣмъ тогда, когда фельдшеръ сознавалъ смертоносность своего дѣйствія и предпринялъ его cum animo necandi; расчетъ врача во второмъ случаѣ, въ которомъ и господствующее мнѣніе признаетъ пособничество, даже болѣе надеженъ, чѣмъ въ первомъ, когда выполненіе легко могло встрѣтить препятствіе, напр.: больной не рѣшается довѣриться фельдшеру, или послѣдній самъ боится послѣдствій вспрыскиванья и совѣтуетъ пригласить врача, и планъ, перваго врача рушится.

Далѣе, при инцестѣ, когда совершающіе его не знаютъ о близкомъ родствѣ, между ними (см. новеллу Мопассана), лицо, знающее объ этомъ и содѣйствующее ихъ связи, должно быть разсматриваемо не какъ виновникъ (посредственный) этого деликта, а развѣ, какъ пособникъ, если, конечно, законодатель не ограничиваетъ отвѣтственности только кругомъ родственниковъ, а распространяетъ ее и на постороннихъ; сами вступившіе въ кровосмѣсительную связь совершаютъ ненаказуемый неосторожный инцестъ (предполагая, что ихъ ошибка относительно родства была неизвинительна). Подстрекающій другого дать показаніе на судѣ, ложность котораго извѣстна подстрекателю, тогда какъ свидѣтель по небрежности не разбирается въ этомъ, не лжесвидѣтель, а подстрекатель къ лжесвидѣтельству, хотя самъ исполнитель можетъ не подлежать наказанію, поскольку законъ не караетъ неосторожнаго ложнаго показанія.

VII. Нѣмецкая судебная практика и литература удѣляютъ вниманіе также вопросу о возможности соучастія и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, кромѣ случаевъ неосторожности, въ виду особенностей состава нѣкоторыхъ деликтовъ.

Всѣ законодательства знаютъ деликты для осуществленія которыхъ требуется наличность по крайней мѣрѣ двухъ субъектовъ; таковы, напр., сексуальныя преступленія, какъ содомія, непотребство, далѣе прелюбодѣяніе, двоеженство, кровосмѣшеніе, ростовщичество, дуэль, возстаніе, подкупъ избирателя и др.

Карательныя послѣдствія при многихъ изъ этихъ преступныхъ дѣяній законъ связываетъ съ дѣятельностью каждаго изъ участниковъ, которая можетъ быть или встрѣчной (двоеженство, инцестъ, дуэль) [72]), или направленной въ одну сторону (возстаніе) [73]). Эти случаи, объемлемые терминомъ *необходимаго соучастія* [74]), не вызываютъ никакихъ затрудненій: каждый наказывается, какъ исполнитель, при условіи его вины, и то обстоятельство, что другой участникъ не можетъ быть субъектомъ вины или in concreto той же формы вины (оказывается невмѣняемымъ или дѣйствуетъ неосторожно), не отражается на вмѣненіи дѣянія первому въ вину умышленную, развѣ бы онъ зналъ о невмѣняемости (или неосторожности) другого; въ этомъ послѣднемъ случаѣ и то при нѣкоторыхъ деликтахъ этого рода, дѣяніе можетъ пріобрѣсти характеръ другого преступленія, напр. причиненіе раны на дуэли съ невмѣняемымъ, завѣдома о его состояніи, можетъ превратиться въ обыкновенное тѣлесное поврежденіе (по отсутствію дѣйствительнаго комбаттанта [75]). Какъ исполнитель, необходимый соучастникъ не можетъ подлежать отвѣтственности [75a]) сверхъ того еще за какую-либо форму обыкновеннаго, т. назыв.

---

72) „Begegnungsdelikte", по выраженію Freudenthal'я, op. c., 3.

73) „Convergenzdelikte", Freudenthal, 122.

74) Объ этомъ понятіи особ. Freudenthal, op. c., и Schutze, op. c., далѣе Bar, II, §§ 382, 383; о его неопредѣленности и практической безполезности Geyer, въ Holtzend. Handb., II, 323; Beling, Verbr., 401, 402, пр.: „это неправильно выбранное собирательное имя для ряда особенностей составовъ преступленія, имѣющихъ только то общее, что *какое-либо* участіе двухъ или нѣсколькихъ лицъ есть существенный признакъ этихъ преступленій". Съ этой точки зрѣнія, всѣ ниже приводимые въ текстѣ случаи можно отнести къ „необходимому соучастію"; такъ Frank, § 46—V, см., впрочемъ, ниже.

75) Такъ Bar, l. c.; напротивъ, по Freudenthal'ю (43) и Beling'у дѣяніе остается *дуэлью*; такимъ образомъ исчезаетъ основаніе для соучастія (необходимаго), ибо дѣяніе можетъ быть совершено и однимъ виновникомъ, при безотвѣтственности другого (Beling, l. c.). При возстаніи, двоебрачіи, прелюбодѣяніи, и друг. невмѣняемость одного не устраняетъ отвѣтственности другого. Соображеніе Белинга примѣнимо къ соучастію съ крайне-акцессорнымъ содержаніемъ.

75a) Kries, Z. 7 т., 521.

добровольнаго соучастія, напр. еще за склоненіе (подстрекательство) къ тому же деликту другого совиновника.

Въ другой группѣ такихъ деликтовъ, требующихъ по крайней мѣрѣ двухъ лицъ для выполненія, законъ караетъ опредѣленную дѣятельность, осуществляемую только однимъ субъектомъ, но вопросъ о наказуемости другого за соучастіе получаетъ иногда утвердительное рѣшеніе, съ которымъ однако нельзя согласиться: такъ, если карается продажа избирательнаго голоса или ядовитыхъ веществъ (безъ спеціальнаго дозволенія), или сводничество, то скорѣе можно заключить, что законодатель не желалъ распространить отвѣтственность и на покупателя или на лицо, платящее своднѣ за доставленіе женщины [76]), такъ какъ не признавалъ дѣянія этихъ лицъ, вызванныя иными побужденіями, заслуживающими репрессіи, во всякомъ случаѣ той же репрессіи, что деликтъ, совершенный исполнителемъ [77]). Это соображеніе можетъ служить разрѣшенію и вопроса—объ отвѣтственности лица, помогающаго другому или склонившаго другого къ дѣянію, совершеніе котораго этимъ послѣднимъ законъ предусматриваетъ, какъ деликтъ, тогда какъ при совершеніи его первымъ оно не наказуемо: таково, напр. самоосвобожденіе отъ ареста, когда освобожденіе

---

76) Даже тогда, когда они сдѣлали больше, чѣмъ необходимо, напр. покупатель голоса самъ склонилъ при конкурсѣ кредитора къ продажѣ; мужчина первый обратился къ своднѣ; такъ Frank, l. c.; Freudental, 111; Liszt, 234; Begründ. къ GE., 55; за наказуемость подстрекательства, но не пособничества райхсгерихтъ (см. Begründ, l. c., поэтому GE. содержитъ § 35, опредѣляющій. «если изъ закона вытекаетъ, что опредѣленныя лица не должны быть наказаны, если приняли участіе, какъ пособники, то они не подлежатъ наказанію, если участвовали, какъ подстрекатели); того же мнѣнія въ итогѣ Bar, II, 728, 729.

77) Справедливо Bar, II, 724, тогда какъ Frank исходитъ изъ различія причины и условія и изъ ненаказуемости причиненія (Thaterschaft) заключаетъ a fortiori къ ненаказуемости созданія только условія (соучастія), а Freudenthal (110) полагаетъ, что соучастіе, въ которомъ онъ усматриваетъ поставленіе въ опасность, не можетъ быть наказуемо при ненаказуемости совершенія—причиненія вреда; о неубѣдительности этого довода и параллели Gefahrdung и Verletzung справедливо Bar, l. c.

арестованнаго посредствомъ насилія или обмана вызываетъ наказаніе [78]). И въ этомъ случаѣ освобожденный не долженъ отвѣчать, если бы даже не только воспользовался услугами другого, самоуправно его освободившаго, но самъ участвовалъ въ этомъ или склонилъ его къ этому. Здѣсь, умѣстно и то соображеніе, что, если законъ не караетъ главнаго дѣйствія, то тѣмъ менѣе возможна отвѣтственность за акцессорныя (заключеніе a majori ad minus) [79]).

Не вызываетъ разногласій положеніе, что не можетъ быть наказанъ, какъ соучастникъ деликта, тотъ, кого именно и защищаетъ норма, нарушеніе которой составляетъ данное преступленіе [80]), напр. лицо, берущее деньги у ростовщика за лихвенный процентъ, малолѣтняя, склонившая совершеннолѣтняго къ развратнымъ надъ нею дѣйствіямъ.

VIII. Выше были указаны категоріи соучастниковъ, различаемыя наукой и законодательствами. Необходимо однако остановиться подробнѣе на признакахъ, характерныхъ для каждой изъ этихъ категорій. Въ наукѣ особенно спорно разграниченіе исполнителей и пособниковъ.

1.—а. Одни ищутъ отличительнаго признака въ свойствахъ самой дѣятельности (объективныя теоріи), другіе въ свойствахъ воли или въ характерѣ умысла (субъективныя теоріи), третьи и въ томъ, и въ другомъ (смѣшанныя теоріи); наконецъ, нѣкоторые ученые совсѣмъ отказываются отъ законодательнаго разграниченія этихъ категорій или даже отъ самаго понятія пособничества, предоставляя суду или отнесеніе дѣйствія къ пособничеству, на основаніи обста-

---

78) Этотъ деликтъ, какъ и сводничество, Frank не относитъ къ случаямъ необходимаго соучастія (такъ и Bar) на томъ основаніи, что совмѣстная дѣятельность нѣсколькихъ здѣсь возможна, но не обязательна, имѣя въ виду возможность чисто пассивнаго отношенія освобождаемаго, получающаго услугу сводни и т. д., иначе, если для необходимаго соучастія признавать достаточнымъ не дѣйствіе, а наличность другого лица. Ср. выше, прим. 74.

79) Ср. Begründ., выше; Liszt, Frank l. c. (выше, прим. 76); Stooss, § 39—1, „potest quis per alium, quod potest per se ipsum"; такъ и австр. кассац. судъ (ib.).

80) Такъ Kries, Frank, Liszt, l. c. Kohler, Stud. I, 137; Bar, 726.

новки конкретнаго случая [81]), или опредѣленіе мѣры наказанія различнымъ соучастникамъ, безъ необходимости признавать ихъ пособниками, или исполнителями, на основаніи просто менѣе существенной роли того или другого соучастника въ совершеніи преступленія или же вообще по обстоятельствамъ дѣла [82]).

Наиболѣе старое *объективное разграниченіе* основывается на различіи между причиной и условіемъ результата· исполнители причиняютъ послѣдній, пособники только кладутъ одно изъ условій его наступленія [83]). Это разграниченіе падаетъ вмѣстѣ съ его основаніемъ, ибо всѣ условія одинаковы съ точки зрѣнія причиннаго ихъ отношенія къ результату. Представителемъ этой точки зрѣнія въ современной литературѣ является Биркмейеръ [84]), не выдерживающій ея, и принужденный отступить отъ своей теоріи причинной связи, такъ какъ, если нѣсколько лицъ вмѣстѣ наносятъ удары и убиваютъ человѣка или вытаскиваютъ тяжелую вещь, то всѣ разсматриваются, какъ исполнители, хотя дѣятельность, проявляемая одними, можетъ быть менѣе значительной по силѣ, чѣмъ дѣятельность другихъ [85]).

---

81) Сергѣевскій, 299, 306, 307 (въ руководство суду онъ даетъ различные извѣстные наукѣ критеріи разграниченія, но тѣхъ, кто доставлялъ средства или устранялъ препятствія, *всегда* относитъ къ пособникамъ)

82) Getz, M. J. K. V., V, 348, слѣд., Harburger ibid., XI, 512, слѣд., особ. 524; Heimberger, ibid., 535—540.

83) Feuerbach, Lehrb., § 44, и выше здѣсь, прим. 20; Hélie, I, 429, Ortolan, I, № 1257 (cause efficiente), ср. также Познышевъ § 234, 235 и стр. 396 (исполнитель совершаетъ самое нападеніе, пособникъ даетъ лишь элементъ причины, причиняетъ черезъ другое лицо; смягченіе наказанія пособника выводится однако не изъ этого различія). Противъ этого разграниченія Buri, GS., 33 т., 5; Manzini, II, 406, 428, см., впрочемъ, № 470

84) Birkmeyer въ „Theilnahme" (1890 г.).

85) См. примѣры у Bar'a, § 310, пр. 31. О неправльности мнѣнія, ставящаго въ пассивъ теоріи «conditio sine qua non» невозможность объективнаго разграниченія пособничества отъ виновничества (ср, Binding, GS. 78 т., 26, 27), справедливыя замѣчанія у Сергѣевскаго. 297; Finger'a, I, 355 (различіе можетъ заключаться не въ причинномъ, а въ соціальномъ значеніи условій), также (нѣсколько иначе) у Kohler'a, Stud., I, 100, 101.

Въ иной формѣ то же разграниченіе выступаетъ у криминалистовъ, считающихъ для исполнителей необходимымъ совершеніе дѣйствія, описаннаго въ законѣ (Ausführungshandlung), а при составныхъ преступленіяхъ, какъ разбой или изнасилованіе, одного изъ дѣйствій, входящихъ въ составъ деликта, напр. насилія или похищенія вещи при разбоѣ, насилія (опрокидыванья на полъ, держанія за ноги) или полового акта при изнасилованіи и т. п.[86]). Такъ какъ дѣяніе, указанное въ составѣ деликта, можетъ быть часто выполнено различными способами и такъ какъ убивать значитъ только причинять смерть,—вопросъ снова въ такихъ случаяхъ будетъ заключаться въ томъ, есть ли данное дѣйствіе причина результата. Хотя эта объективная теорія болѣе точно намѣчаетъ признаки исполнителя, но и она страдаетъ формализмомъ и къ менѣе наказуемой категоріи пособничества относитъ такія дѣйствія, которыя не заслуживаютъ снисходительнаго отношенія. Преступникъ, препятствующій жертвѣ обороняться противъ наносящаго ему удары убійцы, или освѣщающій лампой обкрадываемое другими участниками помѣщеніе или распоряжающійся ихъ дѣйствіями, долженъ былъ бы разсматриваться, какъ пособникъ, потому только, что не совершаетъ „Ausführungshandlung", хотя роль его не менѣе важная, чѣмъ исполнителей, и хотя самое распредѣленіе ролей при совершеніи преступнаго дѣянія можетъ быть чисто случайнымъ или объясняться свойствами субъекта, нисколько не характерными для его преступнаго настроенія, напр меньшей физической силой, но зато бо́льшей внимательностью или распорядительностью[87]).

Субъективныя теоріи утверждаютъ, что только исполнитель дѣйствуетъ въ своемъ интересѣ, пособникъ же въ чу-

---

86) Такъ Finger, 1, 355; Frank, 91; Liszt, 224, de lege lata; Allfeld, 239, ср. однако 240, 241, Garraud, II, 667. Иначе Ortolan I, № 1269· acte constitutif *или* же дѣйствіе, необходимое для исполненія (держаніе жертвы при убійствѣ); какъ Ortolan, и Vidal, 587.

87) Ср. возраженія у Таганцева, 761; Kohler'a, Stud, I, 92, слѣд.; Bar'a, § 314, Binding'a GS. 78 т, 21.

жомъ [88]), или, что воля пособника направлена только на оказаніе помощи, а не на совершеніе самаго деликта [89]), или, что умыселъ пособника условный, зависимый [90]): онъ желаетъ преступленія, если его желаетъ исполнитель. Въ дѣйствительности однако и пособникъ, сознавая связь своего содѣйствія съ преступнымъ результатомъ, имѣетъ по крайней мѣрѣ эвентуальный умыселъ въ отношеніи послѣдняго, хотя прямой цѣлью его можетъ быть и простое оказаніе услуги; но часто онъ желаетъ именно наступленія преступнаго результата и оказываетъ содѣйствіе ради этого. Далѣе, никто изъ соучастниковъ не дѣйствуетъ безъ интереса, при чемъ интересы, связанные съ преступленіемъ, могутъ быть самые разнообразные, но непремѣнно свои [91]); такимъ слѣдуетъ признать даже цѣль оказанія услуги. Съ другой стороны, основной интересъ исполнителя, совершающаго главное, описанное въ законѣ дѣйствіе, можетъ заключаться въ полученіи награды или денегъ отъ иниціаторовъ преступленія, а не въ достиженіи преступнаго результата, и такихъ преступниковъ приходилось бы считать пособниками, напр. убійство совершается наемнымъ бандитомъ, поджогъ приказчикомъ изъ преданности къ вдовѣ хозяина [92]).

---

88) Köstlin, Syst., I, § 93; Geib., II, 318; Buri, GS. 22 т., 33.

89) Halschner, I, 372; Binding, GS, 78 т., 31—33; Bierling, III, 149 (для пособника это чужое дѣло).

90) Glaser, Klein. Schriften, I, 109, Bar, II, 607, 608 (усматривая именно въ этой зависимости dolus eventualis); Bierling, III, 149.

91) Ср. возраженія Hälschner'a, I, 373; Bar'a § 311; Frank'a, 91, (при совершеніи дѣянія въ интересахъ 3-яго лица, не знающаго объ этомъ, никто изъ соучастниковъ не могъ бы считаться исполнителемъ).

92) Сторонники субъективной теоріи часто признаютъ значеніе и объективной стороны совершеннаго дѣйствія: если это дѣйствіе основное для даннаго деликта (Haupthandlung), то совершающій его во всякомъ случаѣ не пособникъ, а исполнитель—смѣшанныя теоріи (Köstlin Syst., 292; Schütze, op. c., 283; Binding, Grundr., 163, Bar, § 314; иначе Berner, Theiln; 140: если совершающій основное дѣйствіе не имѣлъ требуемаго составомъ намѣренья, напр., animus sibi habendi, то онъ все же только пособникъ; ср Binding, GS. 78 т, 28). Упрекъ въ

Большее значеніе имѣетъ условный характеръ умысла пособника: наступленіе преступнаго результата ставится имъ въ зависимость отъ желанія исполнителя, который можетъ и не совершить преступленія Правда, эта зависимость есть и у подстрекателя, но послѣдній является зато душою преступленія, тогда какъ пособникъ присоединяется къ уже возникшему у другихъ преступному намѣренью

Такимъ образомъ субъективной теоріей намѣчается правильная точка различія между исполнителями и пособниками. Но поставленіе результата въ зависимость отъ воли исполнителя свидѣтельствуетъ о меньшей интенсивности преступнаго настроенія только, пока исполнитель не приступилъ еще къ исполненію, съ этого момента совершеніе преступнаго дѣянія должно представляться лицу, оказывающему содѣйствіе, несомнѣннымъ въ такой же степени, какъ если бы это лицо само выполняло преступное дѣяніе, соображенія о томъ, что исполнитель передумаетъ или не воспользуется оказываемымъ содѣйствіемъ, въ этомъ случаѣ едва ли возможны. Съ другой стороны, содѣйствіе при самомъ совершеніи преступнаго дѣянія свидѣтельствуетъ часто и о большей личной заинтересованности въ его осуществленіи и всегда о большемъ презрѣніи къ нарушаемому правовому благу, тогда какъ лицо, оказывающее помощь раньше, не имѣетъ предъ глазами картины преступленія со всѣмъ ея отталкивающимъ или иногда ужасающимъ содержаніемъ, которое, можетъ быть, остановило бы это лицо въ моментъ совершенія; если же субъектъ именно поэтому и не рѣшается участвовать въ самомъ совершеніи,

---

непослѣдовательности, посылаемый этой теоріи Birkmeyer'омъ (V. D II, 142), Bierling, l. c., считаетъ устраненнымъ тѣмъ доводомъ, что совершеніе „Haupthandlung" свидѣтельствуетъ о наличности у субъекта умысла исполнителя, умысла, явившагося хотя бы при самомъ выполненіи. При ошибкѣ субъекта въ характерѣ выполняемаго дѣйствія (главное вмѣсто содѣйствія), нѣкоторые придаютъ значеніе именно умыслу: субъектъ все же пособникъ (если другой также дѣйствовалъ)—Meyer-Allfeld, 230; Olshausen, § 49, № 16, со ссылкой на рѣш. райхсгерихта (при кражѣ собаки отвязавшій ее, но безъ желанія присвоить ее *себѣ*, пособникъ другого участника); ср. еще Beling, Verbr., 398.

то настроеніе его и менѣе преступно, и менѣе опасно: тотъ, кто даетъ другому револьверъ для убійства, самъ часто не рѣшился бы застрѣлить изъ него человѣка.

Поэтому *въ категорію пособниковъ слѣдуетъ выдѣлить только тѣхъ, кто оказываетъ помощь до покушенія другихъ на преступленіе* [93]*), при чемъ пособничество должно вести къ обязательному смягченію наказанія, положеннаго въ законѣ* Всякое же содѣйствіе болѣе позднее сливается съ исполненіемъ, и смягченіе наказанія должно быть предоставлено усмотрѣнію суда въ рамкахъ законнаго минимума и максимума, какъ въ отношеніи исполнителей Это соотношеніе отвѣтственности послѣднихъ и пособниковъ можетъ имѣть значеніе толь-

---

93) Такъ, съ другой мотивировкой (практическое удобство разграниченія), особенно Birkmeyer, V. D II, 150, 151, Lammasch, 38; Begründ, къ GE., 51, и по существу Таганцевъ, № 180 и № 181 Англійское право смягчаетъ наказаніе для „accessories before the fact"; уже Baldus и Aretinus различали concursus proximus и concursus remotus (см. Bar, II, § 314); за разграниченіе по времени содѣйствія Hélie, I, 424 и №191 (но за смягченіе мѣры наказанія судомъ, если участіе при выполненіи выразилось лишь въ assistance, а не въ coopération) Противъ указанныхъ текстѣ критерія M Mayer, Ref, I, 365, Binding, GS. 76 т., 100, пр 3; Hagerup, Z. 30 т., 766; Frank, 91, Bar, l. c (умыселъ содѣйствующаго при исполненіи, хотя и не имѣетъ свойство зависимаго, но можетъ быть ограниченнымъ). Даже одно присутствіе при выполненіи, которое могло имѣть значеніе поощренія или руководства, райхсгерихтъ разсматриваетъ, какъ „Thäterschaft" (Olshausen, § 47, № 6); такъ и Rossi, II, гл. 37, и итальянская практика (Manzini, II, 408), далѣе—стояніе на стражѣ для предупрежденія соучастниковъ; это coauteur, по нѣкотор. рѣш. франц кассац суда, см. у Garçon, art 59, 60, № 42; contra Garraud, II, 670, пр 4; Vidal, 586, самъ Garçon, № 54, въ пользу тѣхъ рѣшеній, согласно которымъ „assistance dans les faits de consommation est une forme de complicité", вопросъ сохраняетъ нѣкоторое значеніе и во Франціи, несмотря на равную наказуемость auteurs и complices, напр. при квалифицированныхъ деликтахъ, — квалифицир. обстоятельство переносится съ auteur на complice (см, выше, пр 44), но не наоборотъ при нарушеніяхъ, complicité не наказуемо, Garçon, №№ 12, 15). Итальянское право проводитъ различіе между cooperazione immediata и complicità, которое можетъ быть одновременнымъ съ исполненіемъ къ cooperatori immediati, разсматриваемымъ, какъ correi (совиновники) относятъ того, кто оберегалъ воровъ у входа въ обкрадываемое помѣщеніе; если же онъ стоялъ для той же цѣли на углу улицы, то онъ complice per assistenza (см. Manzini, II, № 482, Majno, № 347).

ко ceteris paribus и должно измѣняться при различіи мотивовъ ихъ дѣятельности или принадлежности ихъ къ различнымъ классамъ преступниковъ, согласно указаннымъ выше началамъ [94])

Въ соотвѣтствіи съ изложеннымъ слѣдуетъ отвергнуть предлагаемое иногда отнесеніе къ пособничеству всякаго дѣйствія, которое, будь оно совершено единоличнымъ преступникомъ, имѣло бы значеніе приготовленія [95]) Въ большинствѣ случаевъ эта точка зрѣнія, совпадаетъ съ защищаемой въ настоящемъ трудѣ, но иногда такое дѣйствіе можетъ быть совершено и при самомъ выполненіи, напр.: подпиливаніе на мѣстѣ преступленія принесеннаго ворами ключа, не приходящагося къ замку кассы. Нѣтъ также основанія относить къ пособничеству дѣйствіе, совершаемое послѣ выполненія дѣянія, описаннаго въ законѣ, съ цѣлью обезпеченія результата: напр., воспрепятствованіе оказанію медицинской помощи отравленному другими, если спасеніе было возможно. Это или совиновничество, или самостоятѣльное совершеніе преступленія [96]).

b. Пособничество можетъ быть или *физическое*, или *психическое* (интеллектуальное); послѣднее состоитъ въ дачѣ совѣтовъ, указаній относительно лучшаго, болѣе надежнаго выполненія преступленія, или въ данномъ заранѣе обѣщаніи убѣжища (или иной помощи послѣ преступленія).

c. Необходимо, чтобы пособничество находилось въ причинномъ отношеніи къ результату, т. е чтобы оно оказало какое-либо вліяніе на совершеніе преступнаго дѣянія. Не имѣвшее такого послѣдствія дѣйствіе не подходитъ подъ понятіе пособничества, не можетъ быть разсматриваемо и

---

94) Ср. Garofalo, Criminolog, 353

95) Такъ Finger, I, 355, Lammasch, l, c, Kohler, GA 58 т., 15, Beling, 397; Liszt, 229 (для большинства случаевъ), Garraud, II, 670. Contra Мокринскій, 523, слѣд; онъ предлагаетъ другой критерій. виновничество характеризуется «*типичной*» опасностью дѣйствія; оно должно быть типичнымъ, какъ «способъ выполненія даннаго деликта», это сводится къ теоріи, отмѣчен выше, прим 86.

96) Такъ Olshausen, 188, Finger, 358; по Frank'y, 91, пособничество,

какъ покушеніе на пособничество [97]), ибо послѣднее не представляетъ собою самостоятельнаго деликта, и должно быть признано ненаказуемымъ, напр.: отправка письма исполнителю съ полезными для него указаніями, если письмо не было получено имъ или другимъ соучастникомъ [98]). Но неиспользованное физическое пособничество можетъ имѣть значеніе психическаго и влечь наказаніе, какъ таковое [99]): если воръ не воспользовался данными ему отмычками, проникнувъ въ помѣщеніе для кражи черезъ окно, то передача отмычекъ могла все-же укрѣпить его рѣшимость на преступленіе—безъ этихъ инструментовъ осуществимость намѣренья могла представляться ему мало вѣроятной, и онъ бы даже не отправился на мѣсто кражи

Пособничество не есть самостоятельный деликтъ, поэтому оказаніе содѣйствія пособнику завѣдома о преступленіи, которому послѣдній содѣйствуетъ, не есть пособничество къ пособничеству [100]), а пособничество къ самому преступленію [101]). напр, кто либо даетъ другому ядовитое вещество, зная, что послѣднему оно нужно для передачи лицу, желающему совершить отравленіе.

---

97) Такъ Halschner, § 161 и стр 387; Finger, 358 (но ненаказуемо); Allfeld, § 36—XI (но это покушеніе ненаказуемо).

98) Frank, 102, и указываем имъ новѣйшія рѣшенія райхсгерихта; тогда какъ прежнія считали достаточнымъ, чтобы у пособника было намѣренье оказать содѣйствіе.

99) Frank, l. c.; Allfeld, 249, Birkmeyer, 13, 69; Manzini, № 485, Majno, № 348 Это упускаютъ изъ виду и признаютъ ненаказуемое покушеніе на пособничество Carrara (см у Majno, l. c), Garçon, art 59, 60, № 345.

100) Такъ Frank, 101, и поэтому полагаетъ, что наказаніе за *такое* пособничество должно быть дважды смягчаемо, contra Olshausen, § 49. № 28.

101) Halschner, I, 384; Schutze, Theiln., § 47, Meyer-Allfeld, 234, Kohler, GA. 58 т, 12, Manzini, l c Въ пользу ненаказуемости такого соучастника въ пособничествѣ Berner, Theiln., 265. Соучастіе въ соучастіи конструируетъ Beling, Verbr, § 52. Contra, Bar, II, 643 Finger, I, 358, de lege lata признаетъ ненаказуемыми пособничество къ подстрекательству и подстрекательство къ пособничеству; за ненаказуемость подстрекательства къ complicité также Garçon, № 347, Garraud, II, 677 и 256.

d. Пособничество можетъ выразиться и въ бездѣйствіи [102]), а именно въ умышленномъ невоспрепятствованіи результату, при юридической обязанности къ этому и при условіи возможности воспрепятствовать, здѣсь примѣнимы начала, относящіяся къ delicta commissionis per omissionem[103]) Примѣромъ можетъ служить оставленіе прислугой окна открытымъ для облегченія доступа ворамъ Эти случаи прежней доктриной конструировались, какъ попустительство (такъ и Ул. о нак., см. ниже), выдѣляемое изъ соучастія, при чемъ устанавливалась отвѣтственность (смягченная) за результатъ для всякаго, кто могъ его предотвратить; такимъ образомъ, создавалась общая обязанность препятствовать преступнымъ дѣяніямъ [104])

e. Что касается субъективной стороны, то, какъ уже было указано, пособничество должно быть умышленнымъ, при чемъ умыселъ на осуществленіе преступленія можетъ быть прямымъ или эвентуальнымъ [105]). Если умыселъ пособника ограничивался только тѣмъ, чтобы исполнитель со-

---

102) Contra Vidal, № 421, Познышевъ, 373.

103) Halschner, I, 384; Frank, 100; Manzini, II, 409, Majno, № 347, Bar, II, § 363; см. еще здѣсь, выше 401, и историч. данныя выше, 403, прим 76 и Bar II, § 364.

104) Köstlin, Syst, § 95. Contra Rossi, II, 228; Hélie, I, № 188, и французская практика съ начала XIX в — Garçon, №№ 338, 339; Garraud, № 649, Manzini, № 483 (противъ наказуемости недонесенія).

105) Contra Bar. II, § 359 Прямого намѣренья требуетъ для пособничества Kohler, GA, 58 т., 14; такъ и Garraud, II, 614, 615: одной завѣдомости недостаточно, такъ· кто поддѣлываетъ ключъ по данному ему заказчикомъ настоящему ключу, не пособникъ въ совершаемой при помощи поддѣльнаго ключа кражѣ, если желалъ только заработать на выполненіи заказа Райхсгерихтъ въ недавнемъ рѣшеніи (E. 37 т., 321) призналъ недостаточнымъ для обвиненія въ пособничествѣ знаніе адвоката, что его консультація будетъ использована для совершенія преступнаго дѣянія, когда онъ дѣйствовалъ лишь, какъ лицо, занятое опредѣленной профессіей. Противъ этого рѣшенія Frank, 101; Olshausen, § 49, № 13 Напротивъ, Binkmeyer, V D. II, 149, de lege ferenda противъ признанія пособничества въ случаяхъ, когда субъектъ, хотя и сознавалъ, что его дѣйствіе послужитъ къ учиненію преступленія, но предпринялъ первое для огражденія своихъ правомѣрныхъ интересовъ и не имѣлъ противоправнаго настроенія.

вершилъ покушеніе, то такое *мнимое* пособничество не наказуемо напр., когда дано средство, завѣдома для дающаго негодное для осуществленія деликта, напр., для аборта [106]).

f. Пособничество большинствомъ ученыхъ и законодательствъ признается менѣе наказуемымъ, чѣмъ совершеніе (виновничество), [107]), иногда, впрочемъ, только при условіи, если пособничество было не необходимымъ [108]) или несущественнымъ [109]) Въ пользу смягченной наказуемости пособника, при правильномъ отграниченіи этой категоріи соучастниковъ отъ исполнителей говорятъ дѣйствительно вѣскія соображенія, уже приведенныя выше (стр. 609) [110]). При

---

106) Frank, 101, Meyer-Allfeld, 349; Beling, Verbr., 423, пр. 3

107) См., напр., Binding, GS. 78 т., 34, 76 т., 111, 112 (но противъ опредѣленія наказанія, какъ при покушеніи, принятаго германскими улож. и предвар проектомъ); Birkmeyer, V. D. II, 136, 137, Палаузовъ ор. с., 98—102, и др За равную наказуемость Hoegel, Gesamtreform d oester Strafrechts, 1909, стр 3, § 11 Уголовно-политическое основаніе разной наказуемости приводитъ Rossi, II, 188, 189, такъ создается затрудненіе при распредѣленіи ролей соучастниками и вносятся въ ихъ среду раздоры, Helié, I, 413

108) Такъ наше Ул о нак. (ниже) и Итальянское ул., ст 64, необходимымъ здѣсь признается пособничество такое, что безъ него преступленіе не послѣдовало бы Противъ разграниченія „Haupt-и Nebengehilfe“ Schutze, 304, Halschner, I, 385, Ср. Bar, II, § 315; Kohler, Stud., I, 98, Feuerbach, § 44

109) Такъ Угол. Ул (ниже), Kohler, GA., 58 т., 16, и по существу Норвежск ул. (§ 58), согласно которому наказаніе смягчается для тѣхъ соучастниковъ, роль которыхъ была менѣе существенная или которые занимали зависимое положеніе.

110) За факультативное смягченіе, по усмотрѣнію суда, Liszt, Z 30 т., 275; Harburger, Mit. I K. V., XI, 524; Heimberger, l. c. и постановленіе IX Съѣзда герм. группы (безъ выдѣленія пособниковъ, а для всякаго соучастника, вина котораго оказалась меньше); далѣе—швейцарск. V. E. (§ 23 ч 2), по австр правит. проекту (§ 12) смягченіе только, если законъ угрожаетъ за совершеніе смертной казнью или пожизненнымъ тяжкимъ заключеніемъ (Kerker) Равная наказуемость пособниковъ и исполнителей установлена французскимъ кодексомъ, что на практикѣ смягчается возможностью признать «circonstance attenuante» Въ Англіи accessories before the fact могутъ быть наказаны наравнѣ съ principals при болѣе тяжкихъ дѣяніяхъ (felonies), при менѣе тяжкихъ (misdemeanors) это (равная наказуемость) обязательно (Birkmeyer, V. D., 95).

смягченіи за отправный пунктъ берется наказаніе, положенное за совершеніе деликта въ законѣ, а не избранное въ данномъ случаѣ для исполнителя судомъ въ предоставленныхъ ему рамкахъ, такъ какъ пособничество должно вызывать меньшую репрессію только ceteris paribus [111]).

Для наказуемости пособничества необходимо, чтобы исполнитель совершилъ что-либо наказуемое, т. е или задуманное преступленіе, или по крайней мѣрѣ покушеніе на послѣднее.

Противники акцессорной природы соучастія противъ этой зависимости момента отвѣтственности посредственнаго виновника или учинителя, какимъ оказывается тогда всякій соучастникъ, отъ „начала выполненія дѣянія“ непосредственнымъ исполнителемъ, и усматриваютъ покушеніе на задуманный деликтъ уже въ самомъ воздѣйствіи на исполнителя, какъ при примѣненіи неодушевленнаго предмета—орудія [112]) Но, если послѣднее еще не направлено на объектъ, то едва ли въ этомъ можно видѣть нѣчто бо́льшее, чѣмъ приготовленіе, чѣмъ приспособленіе средства, которымъ будетъ выполнено преступленіе.

2—а. Другую категорію соучастниковъ составляютъ подстрекатели. *Подстрекатель есть лицо, склонившее другое лицо совершить преступное дѣяніе.*

Подстрекательство состоитъ въ созданіи въ другомъ лицѣ рѣшимости на преступленіе и предполагаетъ, что это лицо еще не рѣшилось на послѣднее, хотя, можетъ быть, мысль о немъ у подстрекаемаго возникла раньше, еще до воздѣйствія подстрекателя [113]), и хотя, можетъ быть, у пер-

---

111) Такъ Manzini, II, 442, Majno, № 351; Таганцевъ, № 187.

112) Getz, M. I. K V., 361, Liszt, 224, пр 8, Hagerup, Z. 30 т., 763; Хейфецъ, 57, Колоколовъ, 182, и др., обыкновенно вопросъ ставится въ отношеніи покушенія на подстрекательство (ср ниже, здѣсь); противъ признанія покушенія даже на почвѣ взгляда, отрицающаго акцессорность, Frank, 99—V См. также Познышевъ, § 242

113) Frank, 95 („достаточно, если подстрекатель вызвалъ новыя представленія удовлетворенія—Lustvorstellungen—отъ совершенія преступленія, или же укрѣпилъ уже существовавшія, поэтому подстрекатель тотъ, кто обѣщаетъ награду, хотя бы требованіе о ней было заявлено раньше явно или молчаливо“, ссылка на E. 37 т., 112; Hälsch-

ваго есть свои мотивы совершить преступленіе кромѣ тѣхъ, которые возбуждаетъ въ немъ подстрекатель [114]), но мотивы, еще недостаточно сильные, чтобы вызвать это дѣяніе. Подстрекателей къ одному и тому же дѣянію можетъ быть поэтому и нѣсколько, воздѣйствующихъ на подстрекаемаго совмѣстно или отдѣльно другъ отъ друга, лишь бы въ моментъ склоненія къ преступному дѣянію данный подстрекатель не встрѣтился съ уже готовой рѣшимостью будущаго исполнителя, вызванной подстрекательствомъ другихъ [115]): въ этомъ случаѣ воздѣйствіе не будетъ находиться въ причинной связи съ преступнымъ дѣяніемъ, съ которымъ подстрекательство связывается черезъ мотивацію воли исполнителя.

b. Подстрекательство уже и безъ того рѣшившагося на преступленіе, т наз. *instigatio alias facturi или omni modo facturi*, такимъ образомъ въ сущности не есть подстрекательство и должно остаться ненаказуемымъ, или караться, какъ delictum sui generis [116]). Нельзя однако не признать, что на практикѣ едва ли когда либо удастся констатиро-

ner'a, I, 397). Такъ и Olshausen, § 48 № 4 Meyer-Allfeld, 243, Таганцевъ, 767; Познышевъ, § 237 Итал. ул. (§ 64) относитъ укрѣпленіе рѣшимости къ психическому пособничеству, какъ даже и возбужденіе рѣшимости, въ отличіе отъ опредѣленія другого къ преступленію, когда подстрекатель, согласно мотивамъ закона, является опредѣляющей причиной. О неясности этого различія Majno, 222 стр.

114) Этотъ случай особо предусматриваетъ § 63 Итальянск. улож., устанавливая смягченное наказаніе. Въ пользу этого постановленія Kohler, Stud., I, 102 Напротивъ, Manzini, II, 416, не находитъ основанія для смягченія, ибо, если подстрекатель и имѣетъ тогда больше шансовъ на успѣхъ и не является единственной причиной преступленія, то все-же такіе случаи представляютъ собою нормальный видъ подстрекательства. Психическое пособничество, а не подстрекательство усматриваетъ въ этихъ случаяхъ Binkmeyer, V. D. II, 149

115) Hälschner, I, 397. Liszt, 227. Allfeld, 244, пр 7; Olshausen, § 48, № 5, но Allfeld и Olshausen, при послѣдовательномъ подстрекательствѣ требуютъ соглашенія подстрекателей. Если рѣшимость вызвана совокупностью воздѣйствія, то по, мнѣнію Olshausen'a, при отсутствіи соглашенія, результатъ никому не можетъ быть вмѣненъ, какъ подстрекательство. Отвѣтственность за послѣдовавшій деликтъ, въ виду его причиненія, признаетъ Frank, 94, какъ Nebentaterschaft.

116) Познышевъ, § 242, Таганцевъ, 780, 781; Bar, II, § 326, указывающій, что таково господствующее мнѣніе; ср. однако слѣд. примѣч.

вать наличность твердой рѣшимости исполнителя независимо отъ *даннаго* психическаго вліянія и отвергнуть всякое значеніе послѣдняго. Часто разсматриваютъ instigatio alias facturi, какъ психическое пособничество [117]), поскольку оно укрѣпило рѣшимость на преступленіе, но едва ли съ этимъ можно согласиться. это предполагаетъ именно недостаточно твердую рѣшимость и признаніе мотивирующаго вліянія *даннаго* новаго воздѣйствія, въ чемъ слѣдуетъ видѣть подстрекательство, если только не ограничивать послѣднее случаями, въ которыхъ подстрекатель былъ иниціаторомъ преступленія [118]). Если совершеніе послѣдняго вызвано подстрекательствомъ не только A, но и B, то нѣтъ основанія подвергать второго меньшему наказанію, установленному для пособника; если же B. не оказалъ никакого вліянія, то его дѣяніе подходитъ подъ понятіе неудавшагося подстрекательства и должно вызывать тѣ же послѣдствія, что и послѣднее (см ниже).

c. Съ другой стороны, нельзя признать правильнымъ отнесеніе къ подстрекательству [119]) случаевъ склоненія однимъ лицомъ другого не къ выполненію преступленія, а къ пособничеству[120]) такое склоненіе предполагаетъ существованіе уже рѣшившагося исполнителя, направляется не на его психику, а на психику играющаго вторую роль пособника

---

117) Olshausen, § 48, № 4. Allfeld, 245; Birkmeyer V. D. II, 149 (*höchstens* psychische Beihulfe); ср. Таганцевъ, 780. конечно, поскольку воздѣйствіе заключало въ себѣ кромѣ склоненія и сообщеніе полезныхъ свѣдѣній, оно окажется пособничествомъ, но объ укрѣпленіи рѣшимости alias facturi говорить нельзя Ср. Halschn. 398.

118) Такъ прежняя доктрина, Ortolan, № 1261, 1263 («cause prémière»), Спасовичъ, 171 (нужно, чтобы подстрекатель выростилъ въ себѣ преступный умыселъ). Contra Таганцевъ, I, 768. Познышевъ, 382, ср. также выше, здѣсь, прим. 113.

119) Такъ господствующее мнѣніе въ Германіи, см. Olshausen, § 48, № 23. Frank, 96, и приводим ими литерат. указ. у насъ Таганцевъ, 767 Познышевъ, § 241; о подстрекательствѣ къ *соучастію* говоритъ и 51 ст. Уг. Ул

120) Такъ, A. склоняетъ повивальную бабку за деньги дать его женѣ абортивное средство, въ которомъ та первоначально ей самой отказала (случай изъ французской практики, см. Garraud, II, 664, 665).

и поэтому выявляетъ менѣе интенсивное преступное настроеніе. Наказывая склоняющаго къ пособничеству, какъ подстрекателя, мы подвергли бы его большей отвѣтственности (равной съ исполнителемъ), чѣмъ самого пособника, содѣйствіе котораго во всякомъ случаѣ важнѣе, чѣмъ только склоненіе къ этому: въ послѣднемъ можно усматривать поэтому только психическое пособничество [121]).

d. Подстрекательство можетъ выполняться различнымъ образомъ Иногда въ законодательствахъ перечисляются средства психическаго воздѣйствія, но этотъ перечень не можетъ охватить всѣхъ возможныхъ пріемовъ, къ которымъ прибѣгаютъ подстрекатели, и способенъ только породить затрудненія на практикѣ, давая ей поводъ разсматривать перечень, какъ исчерпывающій [122]), и такимъ образомъ повести къ безнаказанности ряда случаевъ дѣйствительнаго подстрекательства. Въ числѣ пріемовъ послѣдняго можно указать подкупъ, пари [123]), обѣщаніе какихъ-либо выгодъ или наслажденій, просьбы, убѣжденія, угрозы, не вызывающія состоянія крайней необходимости [124]), обманъ (съ точ-

[121]) Ср возраженія проф Палаузова (95) и Мокринскаго (III, 528' прим.) по поводу смягченія отвѣтственности Уг Ул только несущественному пособнику, но не подстрекателю къ такому пособничеству. Въ Германіи, по справедливому замѣчанію проф. Палаузова, не имѣетъ практическаго значенія отнесеніе склоненія къ пособничеству къ подстрекательству, ибо подстрекатель наказывается по закону, подлежащему примѣненію къ дѣянію, къ коему онъ подстрекалъ (§ 48), т. е. къ пособничеству Противъ подстрекательства къ пособничеству и общепризнаннаго подстрекательства къ подстрекательству Finger, I, 349, 358, ибо это было бы соучастіе въ соучастіи, которое не наказуемо.

[122]) Такъ французская практика (Garçon, № 241) Примѣрное значеніе придаетъ перечню средствъ въ 13 ст. Ул. о нак. наша практика рѣш. 1876 г. № 97 и 1908 г № 8 (Таганцевъ, къ ст, 13 №№ 31—33) Указаніе средствъ 48 § Герм ул сопровождается прибавкой. „или другими средствами" Не содержатъ указанія средствъ Итал., Венгерское и наше Угол. Ул Въ пользу этого и communis opinio (см Bar, II § 325, Manzini, II, 413)

[123]) Garçon, № 245

[124]) О соучастіи третьихъ лицъ въ этомъ случаѣ (необходимости) см. выше, стр. 515, подстрекательство признаетъ здѣсь Bar, II, 626, пр. 61 и § 338, посредственное виновничество— Liszt, 223 Allfeld, 236 и 244 пр. 6, Kohler, Stud. I, 115; Таганцевъ, 772, слѣд.

ки зрѣнія господствующей теоріи и крайне акцессорнаго характера соучастія, поскольку онъ не устраняетъ вмѣненія дѣянія исполнителю въ умыселъ) [125]. Болѣе спорно, можно ли разсматривать, какъ подстрекательство, совѣтъ? Поскольку онъ повліялъ на рѣшимость исполнителя вопросъ слѣдуетъ разрѣшить утвердительно [126]. Подстрекательство можетъ выразиться и въ мнимомъ отговаривании отъ преступленія, если подстрекаемый—человѣкъ, не терпящій противорѣчій и готовый поступать наперекорь совѣтамъ, чтобы подчеркнуть свою самостоятельность. Судебное констатированье такого подстрекательства однако крайне затруднительно; то же нужно сказать о подстрекательствѣ посредствомъ бездѣйствія, напр., молчанія авторитетнаго лица, знающаго о проектахъ преступленія со стороны того, кто находится подъ его вліяніемъ, если и этотъ послѣдній знаетъ, что его проекты извѣстны первому [127].

е. Со стороны субъективной подстрекательство предполагаетъ умыселъ [128] прямой или эвентуальный, направленный на *опредѣленное* преступленіе. Подстрекатель долженъ такимъ образомъ знать существенные признаки этого преступленія [129], знать, что онъ опредѣляетъ къ его соверше-

---

[125]) Ср Bar, II, 630, пр 70, Liszt, Таганцевъ, l c., M. Mayer, 368.

[126]) Contra, на почвѣ перечня Code pénal, Ortolan, I, № 1264. Какъ текстъ, Frank, 95, Meyer-Allfeld, 243.

[127]) Ср. Frank, Allfeld, l. c., Таганцевъ, l c., Manzini, II, 412: многозначительный жестъ, условное слово, рѣчь двусмысленнаго содержанія могутъ быть средствомъ подстрекательства.

[128]) О признающихъ неосторожное подстрекательство см. выше. Возможно только неосторожное созданіе въ другомъ мотива къ совершенію преступнаго дѣянія, напр. разсказомъ о легкости похищенія плохо хранимыхъ цѣнностей, изложеніемъ (напр., въ судебномъ отчетѣ) особо тонкаго способа мошенничества, въ присутствіи лицъ, способныхъ использовать эти свѣдѣнья для выполненія преступнаго дѣянія, которое однако, если бы послѣдовало, не можетъ быть вмѣнено разсказчику или автору газетнаго отчета даже въ неосторожность. Такъ Kohler, Stud. I, 79, 80, Bar II, 618

[129]) Liszt, 228 Allfeld, 244; Bar, § 320; Frank, 97, 98, Таганцевъ, 766 Познышевъ, § 238; Rossi, II, 199 Majno, № 329 Garçon, № 378, полагаетъ, что подстрекнувшій отмститъ отвѣчаетъ за *всякое* преступленіе, совершенное исполнителемъ: убійство, поджогъ, нанесеніе ранъ и т. п.

нію другое лицо [130]), хотя бы и не индивидуально опредѣленное [131]); но дѣяніе подстрекатель долженъ представлять себѣ, какъ конкретно опредѣленное [132]), недостаточно возбужденіе въ другомъ такихъ склонностей или такого міросозерцанія, которыя привели бы его къ преступному дѣянію[133]) (ср. романъ Бурже „Disciple“).

f. Спорно, должна ли воля подстрекателя направляться на осуществленіе подстрекнутымъ оконченнаго преступнаго дѣянія, или же достаточно, если она направлена на совершеніе имъ покушенія? Это вопросъ о наказуемости *провокатора*, т. е. лица, склонившаго другого къ преступному дѣянію съ исключительной цѣлью подвергнуть его наказанію, но безъ желанія дѣйствительнаго выполненія имъ преступленія [134]).

Въ виду того, что законъ подъ страхомъ наказанія часто запрещаетъ и покушеніе, какъ дѣйствіе, создающее опас-

---

130) Liszt, Frank, l. c ; напротивъ, не необходимо сознаніе исполнителя, что онъ дѣйствуетъ по подстрекательству другого наиболѣе искусные преступники вызываютъ въ другомъ рѣшимость незамѣтнымъ образомъ (примѣръ– Яго) См Manzini, II, 413. Bar, II, § 328: Olshausen, § 48, № 13.

131) Frank, Allfeld, Bar, l. c., Manzini, II, 414, Хейфецъ 47, 48. Опредѣленность лица или лицъ требуютъ Таганцевъ, № 182. Lammasch, 38.

132) Въ опредѣленности дѣянія усматриваютъ часто отличіе подстрекательства отъ публичнаго возбужденія къ преступнымъ дѣяніямъ, предусмотр. въ особенной части (Bar, II, § 320), иногда же въ опредѣленности лица подстрекаемаго, M E Mayer, V. D B. Th. I, 379, 380, и райхсгерихтъ; или же отличіе усматриваютъ и въ томъ, и въ другомъ; такъ Таганцевъ, 766 Противъ этихъ разграниченій de lege ferenda Тимашевъ, Возбужденіе, 12, 15. Frank, 216, 219, усматриваетъ отличіе въ томъ, что умыселъ при возбужденіи направленъ не на совершеніе преступнаго дѣянія, а лишь на возникновеніе въ другихъ желанія совершить его

133) Rossi, II, 199 Kohler, Stud., 1, 82.

134) Такъ впервые Glaser, Kleinere Schriften, I (1868), 119; далѣе Heilborn, op. c., 3, слѣд, Набоковъ, въ указан докладѣ (Труды Юр Общ., 247). Не столь опредѣленно это понятіе въ старой литературѣ и слишкомъ широко въ общежитіи, гдѣ провокація объемлетъ и шпіонство и предательство.

ность для правового блага, нѣкоторые криминалисты [135]) не находятъ основанія отвергнуть наказуемое подстрекательство и въ этомъ случаѣ. Но, когда подстрекающій къ оконченному деликту въ дѣйствительности желаетъ, чтобы дѣяніе остановилось на стадіи покушенія, и для осуществленія своего желанія принимаетъ мѣры къ предотвращенію преступнаго результата, въ такихъ случаяхъ, типичныхъ для провокаціи, стремящейся застигнуть преступника въ этотъ моментъ и не допустить до окончанія деликта, умыселъ провокатора не направленъ даже на поставленіе блага въ опасность: въ его глазахъ дѣяніе исполнителя, какъ заранѣе обреченное на неудачу, не имѣетъ чертъ даже дѣйствительнаго покушенія [136]). Поэтому провокаторъ не подлежитъ отвѣтственности за подстрекательство ни тогда, когда дѣяніе оказалось для исполнителя покушеніемъ, [137]), ни

135) Heilborn, 93; Люблинскій, въ преніяхъ Юр. Общ. (Труды, 271, 272), Binding, Grundr., 171; Stooss, § 39.

136) Manzini, II, 415, усматриваетъ здѣсь даже delictum putativum, въ виду абсолютной невозможности совершенія дѣянія. Положеніе не измѣняется, если провокаторъ давалъ средства для выполненія—пособничество также только мнимое См. выше, объ этомъ и Bar, II, 649; Frank, 101. Такъ и E. XV, 315, см. Kohler, 122, слѣд; Liszt, 232.

137) Иначе, конечно, если это покушеніе въ тоже время представляетъ собою самостоятельный деликтъ (квалифицир покушеніе), или, если законъ караетъ уже приготовительныя дѣйствія. Иначе также, если усматривать сущность подстрекательства въ созданіи въ другомъ лицѣ рѣшимости совершить преступное дѣяніе и ограничивать этимъ умыселъ подстрекателя, не распространяя умыселъ на преступный результатъ (такъ Lowenheim и сходно Жижиленко, Труды, 278, Bar, § 333 и Heilborn, 87, требованіе покушенія исполнителя для наказуемости подстрекателя объясняютъ тогда необходимостью внѣшняго симптома создавшейся у исполнителя рѣшимости — Heilborn, или же разсматриваютъ покушеніе, какъ объективное условіе наказуемости подстрекателя—Lowenheim), но въ такомъ случаѣ результатъ не подлежалъ бы вмѣненію въ вину подстрекателю; этотъ взглядъ связанъ съ неправильнымъ пониманіемъ акцессорной природы соучастія и игнорированіемъ причиннаго отношенія подстрекательства къ преступному результату Противъ этого взгляда и отрицаютъ подстрекательство Katzenstein, Z, 21 т., 415, Finger, I, 351; Lammasch, 38; Kohler, l. c, Набоковъ, указ докладъ, уже давно Glaser, Klein Schrift, I, 123, приводилъ аргументъ, что, если ненаказуемъ подстрекатель, который раскаявшись воспрепятствовалъ довершенію деликта, то тѣмъ болѣе ненаказуемъ

даже тогда, когда, несмотря на принятіе провокаторомъ мѣръ, результатъ послѣдовалъ, послѣдній можетъ быть ему вмѣненъ только въ неосторожность—luxuria [138]; здѣсь такое же положеніе, какъ если бы кто-либо дѣлалъ опытъ надъ дѣйствіемъ какого-нибудь вещества или механизма, принявши мѣры предупрежденія вреда, оказавшіяся однако недостаточными Только въ случаѣ непринятія мѣръ и наличности у провокатора хотя бы эвентуальнаго умысла въ отношеніи преступнаго результата, провокаторъ становится подстрекателемъ и подлежитъ соотвѣтственной репрессіи [139].

Конечно, дѣятельность провокатора представляется соціально весьма вредной [140], такъ какъ часто создаетъ новыхъ преступниковъ. а не только изобличаетъ уже зани-

---

кто съ самаго начала хотѣлъ воспрепятствовать, предполагая, что онъ это и сдѣлалъ См такъ и Katzenstein, 407, и Finger, 351 Contra Heilborn, 144. Возраженія Bar'a, l. c., умѣстны, поскольку провокаторъ ограничился однимъ намѣреніемъ воспрепятствовать. Новиковъ (Труды Юр. Об. I, 275), полагаетъ, что о провокаторѣ нельзя говорить какъ о лицѣ, пользующемся льготой 51 ст Уг. Ул. (добровольный отказъ), ибо онъ принимаетъ не всѣ зависящія мѣры предотвращенія результата.

138) Такъ и Kohler и Набоковъ, l c., Geyer, въ Holtz. Handb, IV, 161.

139) Manzini, 415; Allfeld, 229. Наличность dolus eventualis при *всякой* провокаціи признаютъ Новиковъ (преніе по поводу доклада Набокова, 275), неправильно понимая теорію представленія и приписывая ея усвоеніе нашему Угол Улож, и Хейфецъ, 120, ссылаясь на Olshausen'a, и на то, что провокаторъ никогда не держитъ въ своихъ рукахъ развязки. Но Olshausen, 21 къ § 48, говоритъ объ отвѣтственности не только за покушеніе, но и за оконченное преступленіе, въ виду dolus eventualis, если оно совершилось, и *если* провокаторъ не имѣлъ возможности сызначала удержать дѣяніе въ границахъ покушенія Справедливо указываетъ Набоковъ, 259, что при наличности у провокатора умысла на *совершеніе* деликта прямого или эвентуальнаго, вопросъ о подстрекательствѣ вообще не возбуждаетъ сомнѣній.

140) Это и отсутствіе юридическаго значенія мотива преступленія приводятся иногда, какъ доводъ въ пользу наказуемости провокатора за подстрекательство. Такъ Majno, № 430; Таганцевъ, 769, слѣд. Въ защиту провокаціи, какъ якобы неизбѣжнаго пріема раскрытія преступленій, Kohler, 122, и Katzenstein, Z 21 т, 389.

мающихся преступной дѣятельностью [141]), самонадѣянность провокатора, когда дѣяніе все же выходитъ за предѣлы покушенія, ведетъ къ печальнымъ результатамъ; провокація, какъ система борьбы съ политическими преступниками, представляетъ собою тѣмъ бо́льшее зло и оказываетъ тлетворное вліяніе на исполнительные органы государства; наша исторія послѣднихъ лѣтъ богата такими примѣрами (Азефъ и др.). Но борьба съ этимъ зломъ должна выразиться не въ сведеніи провокаціи къ подстрекательству, а въ запрещеніи ея подъ страхомъ наказанія въ качествѣ самостоятельнаго деликта, съ усиленіемъ репрессіи за этотъ деликтъ, въ случаѣ наступленія преступнаго результата провоцированнаго дѣянія. Еще важнѣе отказъ государственной власти отъ услугъ провокаторовъ [142]).

Нельзя присоединиться къ мнѣнію, различающему формальное и матеріальное окончаніе деликта, и признающему отвѣтственность провокатора за подстрекательство именно въ послѣднемъ случаѣ [143]), т. е. при наступленіи дѣйствительнаго вреда, напр. когда исполнителемъ монета не только поддѣлана (формально delictum consummatum), но и выпущена въ обращеніе.

g. Отъ подстрекательства къ покушенію нужно отличать покушеніе на подстрекательство, или *неудавшееся подстрекательство*.

Подстрекательство, какъ и пособничество, наказуемы лишь въ томъ случаѣ, когда исполнитель совершилъ наказуемое дѣяніе, т. е. по общему правилу по крайней мѣрѣ покушеніе; только противники акцессорной природы соуча-

---

141) Для этихъ случаевъ ненаказуемость провокатора готовъ допустить Bar, II, § 333 (со ссылкой на Binsa).

142) По австр. уст. уг. суд. § 25, дѣяніе должностного лица, прибѣгающаго къ провокаціи, разсматривается, какъ злоупотребленіе властью (См. Набоковъ, ор. с., 249).

143) Такъ Kohler, 122, пр. 2, полагая, что возможенъ добровольный отказъ и послѣ формальнаго окончанія деликта. Но теоретическая необходимость признавать оконченнымъ деликтъ только при наступленіи вреда ни откуда не вытекаетъ. См. Frank, V. D. V, 163, слѣд. Противъ этого разграниченія, какъ основаннаго на ученіи старой доктрины о необходимости для умысла animus nocendi и трудно уловимаго, Bar, § 334.

стія уже въ самомъ подстреканіи [144]) усматриваютъ покушеніе [145]) на самый деликтъ, подлежавшій выполненію. Если подстрекательство не вызвало въ намѣченномъ исполнителѣ рѣшимости совершить дѣяніе столь твердой, чтобы она выразилась въ „началѣ исполненія", въ покушеніи, то подстрекательство не удалось, не увѣнчалось результатомъ.

Хотя подстрекательство не представляетъ собою самостоятельнаго деликта, на который возможно было бы покушеніе [146]), однако и при неудачѣ подстрекательство можетъ разсматриваться, какъ опасное дѣйствіе, заслуживающее репрессіи подобно нѣкоторымъ случаямъ приготовленія [147]): дѣйствительно, если неудавшееся подстрекательство еще не составляетъ покушенія на задуманный подстрекателемъ деликтъ, то вполнѣ подходитъ подъ приготовленіе къ нему, будучи пріисканіемъ средствъ для его совершенія. Другой вопросъ, есть ли необходимость въ криминализаціи такого приготовленія и въ какихъ предѣлахъ? Казалось бы, что неудавшееся подстрекательство должно влечь наказаніе при слѣдующихъ условіяхъ. 1. преступленіе, къ которому была сдѣлана попытка подстрекнуть, должно принадлежать къ категоріи тяжкихъ; 2 попытка должна быть сдѣлана на письмѣ; это условіе важно для предотвращенія ложныхъ доносовъ [148]) и для болѣе точнаго опредѣленія выраженій, въ которыхъ была сдѣлана попытка, чтобы не отнести къ склоненію къ преступленію такихъ словъ, обѣщаній и т. п., которыя не преслѣдовали этой цѣли. При отсутствіи дѣйствительнаго вліянія на другое лицо, опасность неправильной оцѣнки дѣйствія, въ которомъ усматривается попытка подстрекательства, очень велика 3. Наказаніе за этотъ деликтъ не должно находиться въ зависимости отъ наказанія,

---

144) Ср. Bar, II, 683, справедливо не усматривающій разницы между случаями, когда подстрекаемый рѣшился, но не приступилъ къ дѣянію, и когда не удалось вызвать и рѣшимость.

145) См. выше, 615,а также Kostlin, Syst, § 100.

146) Такъ однако Beling, Verbr., 466, слѣд, (fragmentarische Verwirklichung der Theilnahme); Halschner, I, 405.

147) Такъ Rossi, 196, слѣд.; Ortolan, I, 624; Birkmeyer, V. D. II, 156, 157

148) Ср. Bar, II, 683.

положеннаго за совершеніе предположеннаго дѣянія, какъ при соучастіи; лишь бы это дѣяніе было тяжкимъ преступленіемъ.

Наказуемость неудавшагося подстрекательства введена въ Бельгіи въ 1875 г. -т. назыв. Duchesne—параграфъ, по имени нѣкоего Дюшень, предлагавшаго іезуитскому ордену въ Брюсселѣ и Парижскому архіепископу свои услуги: убить за деньги Бисмарка. Въ Германіи новеллой 26 февр. 1876 г. введенъ § 49[a], согласно которому карается вызовъ—возбужденіе (Aufforderung) другого совершить преступленіе или принять участіе въ немъ и принятіе такого вызова, предложеніе своихъ услугъ для этого и принятіе предложенія, но при условіи, если эти акты совершены не словесно, или если, хотя бы и словесно, но возбужденіе или предложеніе услугъ были связаны съ доставленіемъ или полученіемъ какой-либо выгоды [149]). Рѣчь идетъ о преступленіи въ технич. смыслѣ—Verbrechen. Наказаніе зависитъ отъ важности преступленія, которое имѣлось въ виду.

Это постановленіе, какъ расширяющее область наказуемаго за предѣлы попытки къ подстрекательству, вызываетъ возраженія со стороны многихъ авторитетныхъ ученыхъ[150]).

[149]) Спорно, къ какой группѣ деликтовъ отнести это дѣяніе. Olshausen, 49[a], № 2, и Liszt, § 175, относятъ его къ преступленіямъ противъ государственной власти, Binding, Lehrb., II, § 283, къ посягательствамъ на закономѣрное настроеніе. Господствующее мнѣніе придаетъ § 49[a] значеніе закона, карающаго неудавшееся подстрекательство и приготовительныя дѣйствія, откуда дѣлаются и практическіе выводы, отличные отъ выводовъ изъ признанія дѣянія delictum sui generis. такъ, если виновный по § 49[a] совершитъ самъ преступленіе, къ которому неудачно подстрекалъ, то подлежитъ отвѣтственности только за это, ибо исполненіемъ исключается соучастіе; если же это отдѣльный деликтъ, то отвѣчаетъ по совокупности (Frank, 103, Ср. Olshausen 49[a], № 19).

[150]) Противъ репрессіи непринятаго предложенія своихъ услугъ Таганцевъ, 780; Birkmeyer, 154, 155; Binding, Lehrb., II, 867 (это „Aufforderung zur Aufforderung); противъ репрессіи принятія предложенія, какъ самой отдаленной области приготовленія, M. Mayer, Reform, I, 371; онъ за конструкцію неудавшагося подстрекательства, наказуемаго въ зависимости отъ того именно преступленія, къ которому склоняли. Сложныя разграниченія наказуемыхъ и ненаказуемыхъ случаевъ предлагаетъ Beling, 471. Противъ репрессіи неудавшагося подстрекательства вообще Bar, II, § 351, § 352.

Швейцарскій предварит. (§ 23) и австрійскій правит. (§ 15) проекты и контръ-проектъ предусматриваютъ покушеніе на подстрекательство: первый—къ преступленію, караемому смирительнымъ домомъ, второй — къ преступленіямъ (Verbrechen) тягчайшимъ (наказаніе за это тюрьма или Kerker отъ 1 года до 10 л.) или къ менѣе тяжкимъ (наказаніе за это—арестъ или тюрьма отъ 2 недѣль до 2 лѣтъ); контръ-проектъ наказываетъ за покушеніе на подстрекательство къ „Verbrechen", какъ за покушеніе на предполагавшееся преступленіе (§ 32, ч. 2).

h. Что касается наказуемости подстрекателя, то нынѣ и въ наукѣ, и въ законодательствахъ принимается начало равной наказуемости [151]) подстрекателя и исполнителя, конечно, ceteris paribus. Дѣйствительно, если исполнитель часто проявляетъ больше смѣлости, или ловкости, или больше жестокосердія, то подстрекатель зато вдохновляетъ его и является двигательной пружиной всего преступнаго событія, истинной причиной осуществленія деликта.

Отдѣльные голоса раздаются, впрочемъ, и нынѣ то въ пользу меньшей наказуемости подстрекателя, то въ пользу болѣе суровой[152]). Такъ, первый взглядъ защищаетъ проф. Мокринскій на томъ основаніи, что шансы достиженія результата для подстрекателя in abstracto не столь велики, какъ у виновника [153]), но вѣдь трудность достиженія цѣли не умаляетъ интенсивности преступнаго настроенія, а скорѣе усугубляетъ ее: человѣкъ, не останавливается и передъ этими трудностями; къ тому же, при выборѣ надежнаго исполнителя, подстрекатель часто вѣрнѣе идетъ къ цѣли, чѣмъ, если бы самъ дѣйствовалъ, какъ исполнитель, не располагая его силой, опытомъ, ловкостью. За бо́льшую наказуемость подстрекателя высказывается Колеръ, усматривая вмѣстѣ съ старой доктриной бо́льшую вину въ томъ, что подстрекатель и самъ нарушаетъ право, и создаетъ другого нарушителя (ipse peccat in se et alium peccare facit, по выраженію Гандина) [154]).

---

[151]) См. Таганцевъ, 789, 790; Birkmeyer, V. D. II, 149, и указываемые ими; далѣе Познышевъ, § 241, Bar, II, § 356.

[152]) О подобныхъ мнѣніяхъ въ старой литературѣ XIX в. см. у Колоколова, 129, слѣд., историч. данныя также у Bar'a, II, § 356. По его утвержденію, принципъ равной наказуемости установленъ уже средневѣковой итальянской литературой.

[153]) Мокринскій, III, 528, 529.

[154]) Köhler, GA., 58 т., 17.

Въ пользу большей наказуемости исполнителя Беккаріа приводилъ соображеніе, что тогда подстрекателю будетъ труднѣе найти исполнителя,—предположеніе, едва ли основательное [155]).

IX. Въ послѣднее время въ связи съ репрессіей профессіональной преступности въ наукѣ снова[156]) поднятъ вопросъ, не должно ли соучастіе разсматриваться, какъ обстоятельство, усиливающее отвѣтственность сравнительно съ тою, которая установлена для единоличнаго совершенія деликта, безъ соучастниковъ [156a])? Съ такими постановленіями мы встрѣчаемся въ старыхъ кодексахъ, напр. въ Ул. о нак. (ст. 1632, 1643, 1654). Въ основаніе усиленія репрессіи можетъ быть положена бо́льшая легкость выполненія и бо́льшая опасность достиженія результата при участіи нѣсколькихъ лицъ; съ другой стороны, соучастіе создаетъ болѣе тѣсную связь между преступниками и ведетъ къ созданію преступныхъ ассоціацій. Но вина отдѣльныхъ соучастниковъ все-таки можетъ быть ниже именно въ виду соучастія они нерѣдко окажутся преступниками только потому, что поддались вліянію другихъ и были втянуты въ преступленіе, котораго сами никогда бы не совершили [156b]).

---

155) См Hélie, I, 413; Rossi, II, 189, слѣд.

156) См. еще Bartolus. „ex pluralitate delinquentium poena delicti multiplicatur“ (Kohler, GA. 58 т., 16).

156a) Этотъ вопросъ обсуждался на Вашингтонскомъ пенитенціарномъ конгрессѣ 1910 г. и получилъ утвердительное разрѣшеніе: признано желательнымъ предоставить судьѣ увеличивать наказаніе въ виду возрастанія числа преступленій, учиненныхъ лицами, дѣйствовавшими сообща, и въ виду того, что виновные въ такихъ случаяхъ главнымъ образомъ привычные преступники (Люблинскій, Съѣзды, 326); къ этому склоняется и Kohler, l. c. Напротивъ, Кулишеръ Докладъ Вашингт. конгрессу, 18) справедливо видитъ въ утвержденіи, что соучастіе симптомъ принадлежности преступника къ профессіональнымъ, недопустимую пресумпію.

156b) Любопытно мнѣніе Sighele (Copia criminale), различающаго среди участниковъ болѣе сильныхъ волей, подавляющей другихъ (incube), и болѣе слабыхъ (succube), но наказаніе и для послѣднихъ не должно смягчаться, ибо ихъ опасность также велика именно вслѣдствіе слабости воли, вслѣдствіе возможности увлечь ихъ на преступный путь (см. Vidal, 570, пр. 8, который находитъ болѣе правильнымъ мнѣніе Lombroso, что это криминолоиды).

X. Соучастники отвѣчаютъ за преступленіе, объемлемое ихъ умысломъ. Поэтому совершеніе исполнителемъ иного преступленія не вмѣняется подстрекателю, пособнику или другимъ исполнителямъ [157]): напр., когда они имѣли въ виду кражу, исполнитель же совершилъ шантажъ или мошенничество [158]). Точно такъ же, если совершено болѣе важное преступленіе, относящееся къ тому, которое имѣли въ виду остальные соучастники, какъ бо́льшее къ меньшему, они отвѣчаютъ только за меньшее: напр., за кражу, хотя былъ совершенъ разбой, развѣ бы квалифицирующее обстоятельство усиливало отвѣтственность и при

---

157) Такъ господствующее мнѣніе и судебная практика наша и германская. См. рѣш. 1874 г. № 218; 1872 г. № 1511; 1867 г. № 307 (при соучастіи безъ предвар. соглашенія, нужно, чтобы соучастники знали о существованіи отягчающихъ вину обстоятельствъ), см. также ст. 123 Ул. о нак. (при совершеніи кѣмъ-либо изъ участвовавшихъ еще другого преступленія, кромѣ условленнаго, отвѣчаетъ по совокупности только онъ). Согласно рѣшенію райхсгерихта, для отвѣтственности совиновника за квалифицированное причиненіе ранъ опаснымъ орудіемъ, необходимо, чтобы онъ зналъ, что другой совиновникъ прибѣгаетъ къ такому оружію (Bar, 713, пр. 213) См. такъ и Bar, l. c.; Meyer-Allfeld, 245, Majno, № № 339, Manzini № 478; Vidal, № 433. Но въ прежней итальянской доктринѣ преобладалъ взглядъ Rossi, II, 205, слѣд. и Carrara (см о немъ Majno, l. c.), различавшихъ эксцессъ въ отношеніи средствъ и въ отношеніи цѣли; первый не играетъ роли, *если не измѣняетъ природы преступленія*, при второмъ всегда есть неосторожность и подстрекатель отвѣчаетъ за все, учиненное исполнителемъ. Противъ этого Manzini, 426 Ст 66 Итал. ул. требуетъ, чтобы соучастники знали обстоятельства, отягчающія (напр., наличность оружія, ночное время при кражѣ) или измѣняющія свойство преступленія (il titolo del reato), Majno, № 368. Французская практика не требуетъ знанія complices объ обстоятельствахъ „inhérentes au délit", какъ взломъ или обитаемость при кражѣ или поджогѣ (Garçon, № 410 и № 432, къ ст. 59, 60); такъ и Garraud, развѣ бы они были прямо исключены соглашеніемъ.

158) Но отвѣчаетъ и подстрекавшій вообще добыть вещь преступнымъ образомъ, Frank, 98. По мнѣнію Bar'a (II, 673, пр. 140a), если мошенничество оказалось болѣе легкимъ способомъ похищенія имущества, чѣмъ кража, подстрекнувшій къ послѣдней отвѣчаетъ за мошенничество, совершенное исполнителемъ. Согласно Liszt'y (231), умыселъ подстрекателя или пособника объемлетъ всѣ не исключенные результаты.

отсутствіи вины въ этомъ отношеніи [159]) такъ, подстрекатель къ побоямъ отвѣчаетъ за побои, повлекшіе смерть (ст. 1464 или 1490), какъ и исполнитель, хотя бы послѣдній и не могъ предвидѣть такого исхода. Иногда въ отношеніи эксцесса исполнителя у соучастника можетъ быть эвентуальный умыселъ, тогда онъ также отвѣчаетъ за болѣе важное преступленіе, и эксцесса въ сущности нѣтъ: напр., сводня оказываетъ содѣйствіе изнасилованію посредствомъ подсыпки въ питье одуряющаго вещества, допуская, что насилуемая невинна, и готовая на то [160]), что дѣяніе окажется растлѣніемъ, или подстрекающій къ кражѣ въ ночное время имѣетъ эвентуальный умыселъ и на кражу со взломомъ, такъ какъ проникновеніе ночью въ магазинъ инымъ путемъ представляется мало вѣроятнымъ. Поскольку для вмѣненія деликта въ умыселъ, при единоличномъ совершеніи (безъ соучастниковъ), не имѣютъ значенія уклоненія въ подробностяхъ между представленіями субъекта и дѣйствительностью, постольку они не относятся къ эксцессу, когда исполнитель осуществляетъ дѣяніе нѣсколько иначе: въ иное время, въ иномъ мѣстѣ, другимъ способомъ, напр.: совершаетъ убійство холоднымъ, а не огнестрѣльнымъ оружіемъ. Если однако, благодаря этому, измѣняется квалификація дѣянія, напр.: убійство становится отравленіемъ, кража простая кражей ночной или въ церкви, то соучастникъ отвѣчаетъ за этотъ придатокъ только при наличности хотя бы эвентуальнаго умысла [161]).

159) Такъ и Manzini, II, 450. Таганцевъ, № 183.

160) Только при этомъ условіи, которое существенно для эвентуальнаго умысла и большей частью окажется на лицо, можно согласиться съ рѣшеніями Бара и Листа, указанными въ предыдущ. примѣчаніи. Вслѣдствіе смѣшенія dolus eventualis съ dolus indirectus (см. выше, 302), во французской доктринѣ (см. напр., Garçon, № 375 къ ст. 59; Hélie, I, 419) и англо-американской практикѣ (Kohler, 141; Bar, 675, пр. 144) для отвѣтственности соучастника за эксцессъ считаютъ достаточнымъ, если онъ могъ предвидѣть, что исполнитель выйдетъ за предѣлы намѣреннаго преступленія.

161) Поэтому слишкомъ далеко заходитъ рѣш. 1876 г. № 217, полагая, что ночное время при кражѣ, „относясь только къ обстоятельствамъ совершенія преступленія", вліяетъ на отвѣтственность подстрекателя, если въ самомъ подговорѣ не заключалось опредѣленныхъ ограниченій. Ср. предыд. примѣчанія. Неточно Таганцевъ, № 183.

Сомнѣніе возбуждаетъ вопросъ объ отвѣтственности соучастниковъ при ошибкѣ исполнителя въ объектѣ. Онъ поджигаетъ вмѣсто указаннаго ему подстрекателемъ склада другой, или убиваетъ по ошибкѣ не то лицо. Для исполнителя вопросъ рѣшается на основаніяхъ, изложенныхъ выше, какъ, если бы онъ дѣйствовалъ безъ соучастниковъ.

Что касается подстрекателя, то согласно господствующему мнѣнію [162]), онъ отвѣчаетъ за оконченное умышленное преступленіе, совершенное исполнителемъ въ результатѣ его ошибки, если оно однородное съ тѣмъ, о которомъ былъ уговоръ. Нѣкоторые криминалисты усматриваютъ однако въ этихъ случаяхъ aberratio ictus со стороны подстрекателя, какъ если бы дѣяніе осуществилось надъ другимъ объектомъ вслѣдствіе иного направленія, принятаго орудіемъ, какимъ является исполнитель—точка зрѣнія, совмѣстимая развѣ только съ теоріей, отказывающейся отъ понятія соучастія и видящей въ подстрекателѣ учинителя (Urheber) [163]), но раздѣляемая иногда и сторонниками акцессорности соучастія [164]). Въ дѣйствительности, подстрекатель желаетъ совершить опредѣленное преступное дѣяніе черезъ посредство другого лица, и этотъ умыселъ осуществляется; то обстоятельство, что объектъ не имѣетъ тѣхъ же индивидуальныхъ чертъ, представляется безразличнымъ, при условіи однородности преступленій задуманнаго и выполненнаго, совершенно такъ же, какъ если бы подстрекатель самъ выполнилъ дѣяніе съ ошибкой въ объектѣ. Въ отличіе отъ aberratio, дѣяніе въ моментъ начала выполненія здѣсь не направляется на задуманный объектъ, ибо этотъ моментъ не совпадаетъ съ вызовомъ рѣшимости въ исполнителѣ, а

---

162) Halschner, I, 418; Finger, I, 348, Bar, II, § 350; Birkmeyer, Theiln., 165; Manzini, II, 427; Frank, 98; Таганцевъ, 782, пр. 1; Buri, GS. 22 т., 110.

163) Kohler, Stud., I, 141, 142, впрочемъ, если исполнитель не понялъ подстрекателя; когда же понялъ, но все же ошибся, то error in objecto и для подстрекателя. Слѣдуетъ напомнить, что Kohler обсуждаетъ отвѣтственность при aberratio вообще тождественно съ error (см. выше, здѣсь 315); Хейфецъ, op. c., 85.

164) Schütze, Not. Theiln., 267.

слѣдуетъ за этимъ; съ другой стороны, исполнитель начинаетъ осуществлять свое дѣяніе надъ дѣйствительнымъ объектомъ не по неосторожности, а умышленно. Такимъ образомъ нельзя не признать господствующее мнѣніе болѣе правильнымъ [165]).

XI. Наше Улож. о нак. различаетъ соучастіе по предварительному согласію и безъ онаго.

При второмъ видѣ соучастія (*скопъ*) Уложенію о нак. (12 ст.) извѣстны двѣ категоріи соучастниковъ:

1) *главные виновные*—это тѣ, которые, согласно изложенному выше, должны быть отнесены къ исполнителямъ; ст. 12 перечисляетъ ихъ: непосредственно совершившіе преступленіе, далѣе—приступившіе къ дѣйствіямъ прежде другихъ, при самомъ оныхъ началѣ, наконецъ распоряжавшіе или управлявшіе дѣйствіями другихъ;

2) *участники*—это тѣ, кто, съ точки зрѣнія теоріи, разсматриваются, какъ *пособники:* доставлявшіе средства для содѣянія преступленія или же устранявшіе препятствія; но далѣе ст. 12 относитъ сюда *и непосредственно помогавшихъ* главнымъ виновнымъ въ содѣяніи преступленія, которыхъ правильнѣе было бы не отграничивать отъ исполнителей.

Согласно 117 ст., главные виновные приговариваются къ высшей мѣрѣ положеннаго въ законѣ наказанія, а участникамъ наказаніе опредѣляется одною или двумя степенями ниже [166]).

При первомъ видѣ соучастія (*заговоръ*) ст. 13-ой Ул. о нак. различаются:

1) *зачинщики*, которыми называются или а) подстрекатели, а именно „тѣ, кто, *умысливъ содѣянное преступленіе*, со-

---

165) См. различное обоснованіе въ литературѣ этого мнѣнія, нерѣдко искусственное и неубѣдительное, у Bar'a, l. c.; тамъ же возраженія Самъ Баг опирается на несправедливость меньшей отвѣтственности подстрекателя, чѣмъ исполнителя, при другомъ взглядѣ.

166) Отправнымъ пунктомъ долженъ быть тотъ родъ наказанія, который избранъ въ предѣлахъ, указанныхъ закономъ, судомъ для главныхъ виновныхъ, если въ данной статьѣ указаны альтернативно наказанія различнаго рода Таганцевъ, № 137 и указан. имъ рѣш. 1867 г. № 247. 1868 г. № 199; 1869 г. № 463.

гласили на то другихъ", „хотя бы (ст. 118) при совершеніи преступнаго дѣянія сами не находились", или b) *исполнители, игравшіе болѣе важную роль*, а именно тѣ, которые управляли дѣйствіями при совершеніи преступленія или покушеніи на оное, или же первые къ тому приступили";

2) *сообщники*; такъ называются или a) *исполнители, не игравшіе господствующей роли* (ст. 119), или b) *пособники* („оказывавшіе содѣйствіе зачинщикамъ въ приготовленіи къ преступленію и въ привлеченіи къ оному другихъ"—ст. 119), или c) *тѣ, которые согласились* съ зачинщиками или съ другими виновными, совершить совокупными силами или дѣйствіями предумышленное преступленіе", *хотя бы* α) *они не находились на мѣстѣ преступленія* (ст. 119) *и даже* β) *добровольно уклонились отъ принятія участія въ послѣднемъ, но не донесли* объ умыслѣ на оное начальству. Такимъ образомъ карается, какъ соучастіе, одно соглашеніе на преступленіе;

3) *подговорщики или подстрекатели*, которые въ сущности сливаются съ первымъ изъ указанныхъ выше видовъ зачинщиковъ, отличаясь отъ второго тѣмъ, что подстрекатели „не участвуютъ сами въ совершеніи преступленія"[167]). По толкованію нашихъ юристовъ и практики, зачинщики перваго вида иниціаторы преступленія, тогда какъ подстрекатели склоняютъ къ преступленію, задуманному не ими самими, а первыми [168]). Впрочемъ, на наказаніи это различіе не отражается (ср. ст. 118 и 120). Законъ (ст. 13) перечисляетъ средства подстрекательства: просьбы, убѣжденія, подкупъ, обѣщаніе выгодъ, обольщенія, обманы, принужденіе и угрозы. Этотъ перечень признается не исчерпывающимъ;

4) *пособники* — отрицательный признакъ, указываемый закономъ, „непринятіе прямого участія въ самомъ совершеніи преступленія", положительный—помощь или обязательство помочь; помощь можетъ быть физическая или интеллектуальная. Какъ пособничество, указывается и обѣща-

---

167) Ср. рѣш. главн. воен. суда 1914 г. № 23 (Таганцевъ, Ул. о нак., 43, пр 2).

168) Рѣш. 1876 г № 97, по дѣлу Овсянникова.

ніе укрывательства, заранѣе данное, и предоставленіе убѣжища предъ совершеніемъ преступленія умыслившимъ оное; завѣдома о семъ. Пособничество посредствомъ бездѣйствія отнесено къ прикосновенности (см. ниже) и обрисовано слишкомъ широко. Законъ (ст. 121) особо выдѣляетъ пособниковъ, содѣйствіе которыхъ не было необходимымъ.

Что касается наказанія соучастниковъ по предварительному согласію, то зачинщики и подстрекатели приговариваются къ высшей мѣрѣ наказанія положеннаго въ законѣ за совершенное преступленіе; относительно зачинщиковъ подчеркивается—„къ самой высшей мѣрѣ той степени, которая положена закономъ за сіе преступленіе“ Сообщники подлежатъ наказанію, за сіе преступленіе закономъ положенному; на выборъ мѣры наказанія въ этихъ законныхъ рамкахъ вліяетъ мѣра содѣйствія зачинщикамъ; сообщники, указ. подъ лит α., наказываются одной степенью ниже, чѣмъ тѣ, кто былъ при содѣяніи или самъ въ томъ участвовалъ, сообщники, указ. подъ лит. β., двумя или тремя степенями ниже, послѣднее смягченіе (на 3 степ.) примѣнимо лишь, если какія-либо особенныя обстоятельства затрудняли донесеніе (ст. 119). Пособники необходимые наказываются наравнѣ съ учинившими дѣяніе, а всѣ прочіе одною степенью ниже бывшихъ при содѣяніи участниковъ.

Кромѣ соучастія Улож. о нак. (ст. 922, слѣд.) говоритъ въ особенной части и о *шайкѣ*. Шайка есть уговоръ на цѣлый рядъ преступныхъ дѣяній, не опредѣленныхъ конкретно. Этимъ она отличается отъ заговора (Complott старыхъ кодексовъ), представляющаго собою соглашеніе на отдѣльное преступленіе или рядъ опредѣленныхъ преступленій[169]). Наша практика признаетъ однако возможность шайки и при уговорѣ на одно опредѣленное преступленіе, опираясь на выраженія нѣкоторыхъ статей Ул. о нак. о грабежѣ, разбоѣ составившеюся для *того* шайкою (1639, 1633 ст.). Отличительнымъ признакомъ послѣдней признается суще-

---

169) Frank, 84; Liszt, шайку для опредѣленныхъ преступленій признаетъ Таганцевъ, 750; Неклюдовъ, Руков къ особ. части, III, 304; Сенатъ, рѣш. 1895 г № 18.

ствованіе извѣстной организаціи съ распредѣленіемъ ролей между соучастниками, съ господствующимъ положеніемъ однихъ, подчиненнымъ—другихъ[170]). Это толкованіе[171]), устанавливающее трудно уловимую грань между шайкой и обыкновеннымъ заговоромъ и игнорирующее особое значеніе шайки именно, какъ длительнаго соглашенія, расчитаннаго на многократность преступныхъ посягательствъ, въ дѣйствительности представляется натянутымъ, такъ какъ выраженіе „для того“ имѣетъ въ виду скорѣе оттѣнить родъ преступленій, для совершенія которыхъ образовалась шайка, и означаетъ: „для *такихъ* преступленій“ (разбоевъ, грабежей и т. п.). Составленіе шаекъ для предусмотрѣнныхъ въ законѣ преступленій и вступленіе къ шайку караются, хотя бы шайка не учинила еще никакого преступленія (924 ст. и слѣд.).

Угол. Уг. (ст. 51) объединяетъ соучастіе по предварительному соглашенію и безъ такового: „Въ преступномъ дѣяніи, учиненномъ нѣсколькими лицами, согласившимися на его совершеніе или дѣйствовавшими завѣдома сообща, соучастниками признаются тѣ, которые: 1) непосредственно учинили преступное дѣяніе или участвовали въ его выполненіи; 2) подстрекнули другого къ соучастію въ преступномъ дѣяніи; 3) были пособниками, доставлявшими средства или устранявшими препятствія, или оказавшими помощь учиненію преступнаго дѣянія совѣтомъ, указаніемъ или обѣщаніемъ не препятствовать его учиненію или скрыть оное.

Хотя пособники и выдѣлены въ особую группу и отличаются отъ исполнителей, указанныхъ подъ цыфрой 1, однако наказаніе смягчается [172]) только для пособниковъ, помощь коихъ была несущественна. Такимъ образомъ существенное пособничество приравнивается выполне-

---

170) Рѣш. 1869 г. № 613; 1875 г. № 165. Первое изъ этихъ рѣш. устанавливаетъ для шайки требованіе по крайней мѣрѣ трехъ участниковъ.

171) Contra Неклюдовъ, III, 302, 303, Таганцевъ, 752.

172) въ порядкѣ 53 ст. Уг. Ул. Противъ этого разграниченія пособниковъ пр. Палаузовъ, ор. с., 98, слѣд., ссылаясь на Меркеля и др., въ пользу—проф. Мокринскій, III, 528, пр., ибо „дѣйствіе несущественнаго пособника минимально опасно“.

нію, а опредѣленіе несущественности предоставляется усмотрѣнію суда. За указаннымъ отступленіемъ, всѣ соучастники подлежатъ наказанію, въ законѣ за учиненное преступное дѣяніе положенному; для подстрекателей не устанавливается обязательное усиленіе репрессіи. Условіемъ наказуемости всѣхъ соучастниковъ является принадлежность совершеннаго дѣянія къ категоріямъ тяжкихъ преступленій и преступленій, а изъ соучастниковъ проступка наказываются только исполнители (указ. въ ст. 51 подъ ц. 1), а подстрекатели и пособники только въ особо указанныхъ закономъ случаяхъ [173]).

Относительно соглашенія принять участіе въ сообществѣ для учиненія тяжкаго преступленія или преступленія 52 ст. Уг. Ул. опредѣляетъ, что согласившійся и не отказавшійся отъ дальнѣйшаго соучастія, но не бывшій соучастникомъ самаго преступнаго дѣянія, отвѣчаетъ только за участіе въ сообществѣ; но участіе въ сообществѣ, а также въ шайкѣ для учиненія *нѣсколькихъ* тяжкихъ преступленій или преступленій, наказывается въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ.

Уст. о нак., въ ст. 15, содержитъ слѣдующее постановленіе о соучастіи: „тѣ изъ виновныхъ, которые сами совершили проступокъ или подговорили къ тому другихъ, наказываются строже, нежели ихъ соучастники.

XII. Добровольный отказъ исполнителя при покушеніи влечетъ ненаказуемость его (см. выше 545), но не отражается на отвѣтственности другихъ соучастниковъ и совиновниковъ, въ виду тѣхъ соображеній, которыя лежатъ въ основаніи этой льготы, для распространенія ея и на нихъ, необходимо, чтобы и они отказались отъ участія въ преступленіи.

Что касается добровольнаго отказа только соучастниковъ (но не исполнителя), то для ихъ безнаказанности слѣдуетъ требовать уничтоженія того, что каждымъ уже совер-

---

173) Въ Германіи наказуемо подстрекательство къ нарушеніямъ, но не пособничество. Во Франціи complicité при contraventions не наказуемо.

шено для осуществленія преступнаго дѣянія, или же—предотвращенія преступнаго результата [174]). Они должны: пособники физическіе—парализовать предоставленныя средства, напр. отобрать орудія взлома, пособники психическіе и подстрекатели—предупредить того, кто долженъ пострадать отъ преступленія, или органы государства, напр. полицію, или принять иныя мѣры, напр.: отговорить исполнителя [175]); но одного отговариванья, оставшагося безуспѣшнымъ, недостаточно [176]).

Наше Уг. Ул. (ст. 51, ч. 5) опредѣляетъ: „Соучастникъ, отказавшійся отъ участія въ преступномъ дѣяніи и принявшій своевременно всѣ зависѣвшія отъ него мѣры для предотвращенія онаго, освобождается отъ наказанія".

Постановленія Ул. о нак. по данному вопросу крайне неудачны: изъ ст. 118, 119, 120 и 121 можно сдѣлать выводъ, что 1) если зачинщикъ не только отступилъ отъ исполненія своего намѣренья, но и принялъ мѣры для предупрежденія исполненія онаго и донесъ объ умышляемомъ начальству, то онъ освобождается отъ наказанія, хотя законъ говоритъ только, что, при непринятіи мѣръ и недонесеніи, а при одномъ отказѣ отъ намѣренья, наказаніе уменьшается одной степенью; 2) если подстрекатель даже старался остановить приведеніе преступнаго умысла въ дѣйствіе, но не донесъ своевременно начальству, наказаніе смягчается на одну степень; при донесеніи, повидимому, онъ освобождается отъ наказанія; 3) пособникъ, обѣщав-

---

174) Allfeld, § 35 (въ концѣ), Frank, 82, 83, 92, 93, 102, Majno. № 332. Въ пользу ненаказуемости соучастниковъ при добровольномъ отказѣ исполнителя Impallomeni на томъ основаніи, что дѣйствіе исполнителя пріобрѣтаетъ тогда характеръ приготовленія (см. Majno, ц. с.), Kohler, Stud., 143, 144; Binding, Grundr., 138, на томъ основаніи, что по § 46 St. GB. при добровольной остановкѣ „покушеніе, какъ таковое, не наказуемо"

175) Именно этому и только этому придаетъ значеніе Хейфецъ, 74.—Если мѣры не привели къ предупрежденію преступнаго результата, то отвѣтственность можетъ быть лишь смягчаема.

176) Contra Таганцевъ, I, 798, ибо подстрекнутый не стихійная сила. Rossi, II, 203, и Hélie, I, 418, находятъ достаточнымъ взятіе подстрекателемъ своего порученія (mandat) обратно

шій содѣйствіе, затѣмъ отказавшійся, но не донесшій, наказывается только за недонесеніе объ умышленномъ преступленіи; при донесеніи, отвѣтственность такимъ образомъ отпадаетъ. По поводу физическаго пособничества, законъ о добровольномъ отказѣ, вѣрнѣе о вліяніи добровольнаго предотвращенія результата не упоминаетъ, такъ какъ послѣднее не вліяетъ на отвѣтственность по Ул. о нак. 4) Сообщники, добровольно уклонившіеся отъ участія въ преступленіи, наказываются только при недонесеніи начальству, при томъ мягче, чѣмъ другіе сообщники (см выше 633). Такимъ образомъ, для ненаказуемости добровольно отказавшагося соучастника законъ всюду требуетъ своевременнаго донесенія начальству или (такой выводъ вытекаетъ изъ 125-й ст.) угрожаемому лицу.. 5) Особо упоминается объ освобожденіи отъ наказанія согласившихся учинить преступленіе, если они до покушенія на послѣднее по собственной волѣ отступили отъ своего намѣренья (ст. 122). Но и въ этомъ случаѣ, „смотря по обстоятельствамъ они могутъ быть отданы на опредѣленное, болѣе или менѣе продолжительное, время подъ надзоръ полиціи".

XIII. Согласно господствующему нынѣ взгляду, соучастіе возможно только до окончанія преступнаго дѣянія. Дѣйствія, имѣющія отношеніе къ совершенному преступленію, но выполненныя послѣ момента delictum consummatum, какъ не находящіяся въ причинной связи съ преступнымъ результатомъ, какъ не вызвавшія его, могутъ быть признаны наказуемыми не, какъ форма соучастія, а какъ delicta sui generis [177]) Таковы укрывательство преступника или слѣдовъ преступленія, разсматриваемыя, какъ деликтъ противодѣйствія правосудію, укрывательство предметовъ добытыхъ преступленіемъ, разсматриваемое или такъ же, или же,

177) Эта точка зрѣнія утвердилась въ нѣмецкой литературѣ подъ вліяніемъ Halschner'a (II, 862, слѣд.), хотя поворотъ къ ней замѣчается и у болѣе старыхъ криминалистовъ, какъ Stubel (см. у Hergt'a, GS. 76 т, 303), во Франціи такъ уже Монтескье (см Rossi, II, 225). Средневѣковая итальянская доктрина признавала concursus subsequens, придавая понятію соучастія болѣе широкій смыслъ и не связывая его непремѣнно съ причиненіемъ—auxilium causam non dans (Hergt, 302; Bar, II §§ 385—388; тамъ историч данныя и о древнѣйшемъ правѣ).

при наличности корыстной цѣли, какъ преступленіе противъ имущества [178]). Доктрина первой половины XIX в. и прежніе кодексы, а также наше Ул. о нак. относятъ эти дѣянія [179]), какъ и нѣкоторыя другія, напр., недонесеніе, сбытъ вещей, добытыхъ преступленіемъ, къ прикосновенности, предусматриваемой въ общей части на ряду съ соучастіемъ, и опредѣляютъ наказаніе для прикосновенныхъ (кромѣ недоносителей) въ зависимости отъ того преступленія, къ которому эти дѣйствія составляли какъ-бы дополненіе, сходно съ наказуемостью соучастниковъ.

Мнѣніе объ акцессорномъ характерѣ дѣяній этого рода, выдвинутое Зандеромъ и принятое у насъ Жиряевымъ [180]), поддерживается и нѣкоторыми болѣе новыми криминалистами [181]). Доводы, на которые они опираются слѣдующіе:

1. желательно поставить наказуемость укрывателя въ зависимость отъ наказуемости главнаго дѣянія (Vordelikt'a, по выраженію Франка), какъ при соучастіи, съ тѣмъ, впрочемъ, отличіемъ, что при послѣднемъ обстоятельство, устраняющее наказуемость исполнителя и имѣющее личный ха-

---

178) Вопросъ объ объектѣ этихъ деликтовъ и о мѣстѣ ихъ въ кодексѣ представляется, впрочемъ, спорнымъ Hergt, 325, слѣд., Frank 46; Binding, Lehrb., II, 642, слѣд.; Liszt, § 183, Hälschner, II, 867.

179) Современное дѣйствующее право (такъ и Угол. Ул.) и новѣйшіе проекты разсматриваютъ ихъ, какъ delicta sui generis, опредѣляя ихъ составъ невполнѣ одинаковымъ образомъ. Въ англійскомъ правѣ укрыватели признаются accessories after the fact (см. подробно у Beling'a, V. D. B. Th. VII, § 37)—Согласно франц. Code pénal ст. 62, укрывательство вещей карается, какъ преступленіе, коимъ онѣ добыты, съ нѣкоторымъ смягченіемъ. Пристанодержательство при нѣкоторыхъ тягчайшихъ преступленіяхъ признается закономъ за complicité (ст. 61) въ немъ видятъ какъ-бы заранѣе данное обѣщаніе укрывательства (Rossi, l. c.).

180) Sander въ Arch. f. Kriminalrecht, 38 т., 431, слѣд., 39 т., 396, слѣд. Жиряевъ, О стеченіи нѣсколь. преступниковъ и т. д. 1850 г.

181) Buri, Causal (1885), 37 и въ GS. 29 т., 33, Schütze, Not. Theiln., 330; Geyer, Holtz. Handb. II, 418, Merkel (Liepm.), § 55, и въ Holtz. Handb IV, 420; Villnow, Raub und Erpressung, Begunstigung und Hehlerei, 1875 г Kohler, Stud. I, 118, 155 (indirekte Theilnahme); Frank, 447, Кистяковскій, §§ 304и 325, и особ. Beling, Verbr., 488 (Ausführungsanexe), Bar, II, §§ 389, слѣд.

рактеръ, какъ экстерриторіальность, прямое родство (при кражѣ), не отражается на отвѣтственности соучастника, тогда какъ при укрывательствѣ преступника (содѣйствіи ему укрыться отъ наказанія, persönliche Begünstigung, по предв. проекту Strafvereitelung [182]) оно устраняетъ наказуемость и укрывателя.

2. Трудно указать самостоятельный объектъ посягательства при укрывательствѣ плодовъ преступленія (sachliche Begünstigung), отличный отъ объекта главнаго дѣянія.

3. Укрывательство поглощается исполненіемъ главнаго деликта [182a]) или соучастіемъ въ послѣднемъ, а не составляетъ съ послѣднимъ совокупности, какъ самостоятельный деликтъ [183]).

Особенно далеко заходитъ Белингъ, который въ системѣ самостоятельныхъ деликтовъ усматриваетъ и другіе дефекты нѣкоторыя дѣянія остаются внѣ репрессіи, хотя представляютъ собою также поддержаніе созданнаго преступнымъ дѣяніемъ противоправнаго состоянія, напр.: оставленіе у себя похищеннаго другимъ лицомъ чужого ребенка [183a]); отнесеніе дѣянія къ укрывательству или delictum sui generis, или же къ пособничеству зависитъ отъ обрисовки главнаго дѣянія въ законѣ, отодвигающаго или приближающаго моментъ delictum consummatum, т. е. отъ случайнаго обстоятельства, такъ: если при кражѣ для окончанія деликта

---

182) Оно разсматривается большинствомъ и этихъ криминалистовъ, какъ самостоятельный деликтъ (Beling, 504); contra (различіе непроводимо) Bar, § 391.

182a) т. е. совершившій преступленіе не карается сверхъ того и за дѣйствія, направленныя на сокрытіе его и на уклоненіе отъ наказанія (Selbstbegunstigung) или на склоненіе другихъ къ помощи ему въ этомъ отношеніи. См Bar, § 390

183) Наказаніе только за соучастіе, это вытекаетъ изъ наказуемости заранѣе даннаго обѣщанія укрывательства, какъ пособничества. хотя бы затѣмъ укрывательство дѣйствительно послѣдовало (такъ Frank, 448; Villnow, 68, слѣд., Merkel, Holtz. Handb. IV, 425), большинство и райхсгерихтъ признаютъ реальную совокупность соучастія и Begünstigung; такъ Liszt, § 183; Binding, Lehrb., 662 и др. Geyer, Holtz Hand. IV, 172.

183a) Beling, 498.

требовать, чтобы вещь хотя бы весьма недолго находилась у вора, то помогающій отнести на домъ украденное пособникъ, если же достаточно завладѣніе и оно уже состоялось, та же помощь укрывательство [184]). Белингъ хотѣлъ бы всѣ *дѣйствія, состоящія въ поддержаніи созданнаго преступнымъ дѣяніемъ противоправнаго состоянія* [185]), въ томъ числѣ и неназуемыя нынѣ и тѣ, которыя разсматриваются, какъ отдѣльные деликты, когда они совершены другимъ лицомъ (пользованіе подложными документами со стороны лица, не участвовавшаго въ подлогѣ [186]), обнять особымъ понятіемъ „*Nachtaterschaft*“, которое, какъ и соучастіе составляетъ видъ concursus delinquentium въ широкомъ смыслѣ — „Verbrecherzusammengehörigkeit“.

Указанные выше доводы не представляются убѣдительными: типичные случаи укрывательства укладываются въ особые деликты, имѣющіе объекты, не тождественные [187]) съ предшествующимъ главнымъ дѣяніемъ. укрыватель преступника, каково бы ни было преступленіе, имъ совершенное, проявляетъ одинаковое преступное настроеніе, выражающееся въ желаніи воспрепятствовать его наказанію, вина укрывателя не усугубляется тяжестью главнаго деликта; самый мотивъ дѣянія перваго иной. великодушіе, непротивленіе злу, дружба и т. п.; вспомнимъ епископа въ романѣ Гюго „Misérables“! Укрывательство плодовъ можетъ быть иногда также только способомъ обезпечить безнаказанность преступника, а въ другихъ случаяхъ направлено на извлеченіе выгодъ совершенно безотносительно къ преступленію, которымъ вещь добыта, и въ этомъ случаѣ дѣяніе проливаетъ на такого укрывателя совершенно иной свѣтъ, чѣмъ указанное преступленіе [188]). Такимъ образомъ нѣтъ основанія ставить наказуемость перваго въ зависимость отъ тяжести второго. Нельзя усматривать въ первомъ и пріі-

184) Merkel-Liepmann, l. c.; Beling, 479 480.

185) Beling, 494; Schutze, l. c.; Buri, въ GS. 29 т, 25.

186) Beling, 475.

187) Contra Beling, 480 и V. D. B. Th. VII, 205; Frank, 446 по поводу sachliche Begunstigung.

188) Ср. Таганцевъ, 802; Спасовичъ, 164; Неклюдовъ, 541.

общеніе къ винѣ[189]) исполнителя или соучастниковъ, или же продленіе противоправнаго состоянія: вина не выходитъ за предѣлы delictum consummatum; состояніе, являющееся продуктомъ основного преступленія, часто не можетъ быть продлено или поддерживаемо, такъ какъ происшедшее вообще не возстановимо, вредъ не можетъ стать больше: напр., при убійствѣ; часто же продленіе окажется самостоятельнымъ совершеніемъ такого же деликта· напр., воспрепятствованіе леченію раны, нанесенной другимъ лицомъ[190]), или же однороднаго деликта. напр., использованіе составленнаго другимъ подложнаго документа, или заключеннаго другимъ ростовщическаго обязательства; при имущественныхъ деликтахъ укрывательство плодовъ направлено на воспрепятствованіе собственнику добиться возвращенія вещи, а не на изъятіе ея изъ владѣнія, при томъ, можетъ быть, насильственное изъятіе [191]).

Что касается третьяго изъ отмѣченныхъ доводовъ, то, хотя поглощеніе исполненіемъ и соучастіемъ укрывательства представляется болѣе правильнымъ, чѣмъ признаніе реальной совокупности, но этотъ выводъ можетъ быть сдѣланъ и при сохраненіи самостоятельнаго характера за укрывательствомъ, которое будетъ имѣть въ такомъ случаѣ только субсидіарное значеніе, охватывая дѣятельность только лицъ, не совершившихъ основного преступленія и не участвовавшихъ въ его совершеніи. Это могло бы найти для

---

189) Такъ Villnow, 62; Bar, II, § 384, въ профессіональномъ укрывательствѣ усматривающій даже нѣчто въ родѣ подстрекательства къ преступленіямъ; въ противодѣйствіи заглаженью преступленія (Tilgung des Verbrechens) видитъ сущность Begunstigung Merkel, H. H. IV, 420.

190) Это новое самостоятельное тѣлесное поврежденіе, а не Nachlaterschaft, какъ думаетъ Beling, 494. Ср Hergt, 318, 319; Binding 639.

191) О неприменимости „sachliche Begunstigung", т. е. содѣйствія въ обезпеченіи выгодъ преступленія, къ неимущественнымъ деликтамъ правильно Hergt, (328, слѣд., усматривающій въ этомъ дѣяніи противодѣйствіе устраненію гражданскихъ послѣдствій преступленія, въ томъ числѣ, напр, полученію потерпѣвшимъ издержекъ на леченіе), противъ этого господств. взгляда Frank, 450; Beling, V.D. VII 36 и RG.

себя выраженіе въ редакціи соотвѣтствующей статьи особенной части.

Въ Ул. о нак., ст. 14, говорящая о прикосновенныхъ къ преступленію, помѣщена въ отдѣленіи, озаглавленномъ: „О участіи въ преступленіи". Прикосновенными признаются: 1) *укрыватели* слѣдовъ преступленія, самихъ преступниковъ и плодовъ преступленія; сюда же относятся передавшіе или продавшіе похищенныя, отнятыя, или инымъ противозаконнымъ образомъ добытыя вещи. Укрыватели (ст. 124) наказываются одной степенью ниже ненеобходимыхъ пособниковъ, т. е. двумя степенями ниже бывшихъ при содѣяніи участниковъ [192]). Особо предусматривается продажа завѣдома украденнаго или черезъ насиліе или обманъ полученнаго имущества; виновный, если похищеніе учинено другимъ лицомъ и только было ему извѣстно, наказывается какъ пособникъ (ст. 1701). Уст. о нак. (ст. 180) предусматриваетъ покупку или принятіе въ закладъ завѣдома краденнаго или черезъ обманъ полученнаго имущества, какъ delictum sui generis, караемое арестомъ не свыше 3 мѣс. или денежнымъ взысканіемъ не свыше 300 руб. Если однако покупатель или принимающій въ закладъ знаетъ не только, что вещь краденная или полученная посредствомъ обмана, но и конкретное преступленіе, т. е. самый случай кражи или мошенничества, въ результатѣ котораго вещь вышла изъ правомѣрнаго владѣнія, то дѣяніе составляетъ укрывательство, а не деликтъ, предусм. 180-ой ст. [193]).

2) *Недоносители* a) о содѣянномъ преступленіи и b) объ умышляемомъ преступленіи, если объ этомъ знали и имѣли возможность довести до свѣдѣнья правительства.

---

192) Квалифицирующіе моменты вліяютъ на отвѣтственность укрывателя только, если были ему извѣстны (Таганцевъ, къ ст 14, №№ 85, 86), но обстоятельства, связанныя съ личностью, не вліяютъ, такъ: укрывательница убійства ея мужа отвѣчаетъ по 14 и 1454, а не 1451 ст. Ул. о нак. (рѣш. 1883 г. № 5); но укрыватель кражи профессіональной признанъ укрывателемъ кражи квалифицированной этимъ обстоятельствомъ (1654[1] ст. прежней редакц. и рѣш. 1883 г. № 20), хотя оно также имѣетъ строго личный характеръ.

193) Таганцевъ, къ ст. 14 № 71.

Недоносители перваго вида наказываются крѣпостію съ лишеніемъ нѣкоторыхъ особенныхъ правъ или безъ лишенія, или тюрьмой, арестомъ, выговоромъ, денежнымъ взысканіемъ; дѣяніе пріобрѣтаетъ характеръ самостоятельнаго деликта, только выборъ одного изъ указанныхъ наказаній зависитъ отъ важности и обстоятельствъ дѣла. Квалифицированный видъ этого недонесенія составляетъ случай, когда не донесшій знаетъ, что обвиненіе упадаетъ на невиннаго. Недоносители второго вида (о готовящемся преступленіи) наказываются наравнѣ съ укрывателями

3) *Попустители*—„тѣ, кто имѣвъ власть или возможность предупредить преступленіе [194]), съ намѣреніемъ или по крайней мѣрѣ завѣдома допустили содѣяніе онаго". Это въ сущности пособники посредствомъ бездѣйствія, поскольку была юридическая обязанность предупредить преступленіе; съ другой стороны,—тѣ, кто съ точки зрѣнія современной теоріи, не должны подлежать отвѣтственности, а именно лица, на которыхъ такая обязанность не лежала; Ул. о нак. и ихъ привлекаетъ въ кругъ прикосновенныхъ [195]) создавая общую обязанность препятствовать преступленію и сравнивая съ ними и первыхъ, т. е. пособниковъ per omissionem. Наказаніе, какъ за укрывательство. Если возможность предупрежденія преступнаго результата состояла въ донесеніи, то попустительство и недонесеніе объ умышляемомъ преступленіи сливаются [196]), второе только одинъ изъ видовъ попустительства [197]).

---

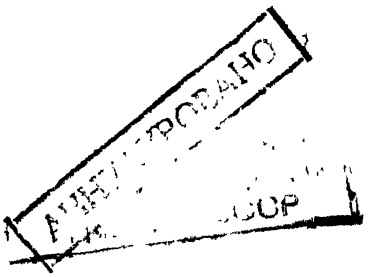
194) т. е, по Таганцеву (809, пр. 1), самое дѣяніе. но не результатъ послѣдняго.

195) Рѣш. 1872 г. № 659: неоказаніе помощи лицу, подвергшемуся нападенію грабителей, признано попустительствомъ.

196) Рѣш. 1875 г. № 62.

197) Покушеніе на укрывательство возможно при конструкціи его, какъ delictum sui generis (по германск. улож. § 257, уже попытка содѣйствія преступнику есть оконченный деликтъ Begunstigung; Hergt, 332, Beling, 524), но не какъ особаго рода соучастія (такъ однако Buri, GS. 33 т., 30; Beling, 1 с, вообще признающій покушеніе на соучастіе въ тѣсномъ смыслѣ), поэтому у насъ попытка укрывательства не должна влечь наказанія (такъ Таганцевъ, 807).

По Уст. о нак укрывательство похищеннаго карается, какъ кража, но Мировой судья въ правѣ уменьшить наказаніе до половины (ст. 172), укрывательство лицъ, обвиняемыхъ передъ мировымъ судьей, а также присужденныхъ къ аресту или тюрьмѣ, карается арестомъ не свыше одного мѣсяца или денежнымъ взысканіемъ не свыше ста рублей (ст. 64).



218

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Академии Наук СССР

Важнѣйшія опечатки.

Стр.	Строка	Напечатано	Слѣдуетъ читать:
65	3 снизу	отичными	отличными
71	10 сверху	необходимостя	необходимости
80	1 снизу	онъ	преступникъ
95	8 „	распространялъ	не распространялъ
109	19 сверху	нее	него
109	21 „	ними	нимъ
117	6 „	Едва ли также	Скорѣе
121	10 снизу	изъ службы	отъ службы
155	4 сверху	службы	службы [8]).
172	11 „	деликты	выдѣленіе деликтовъ
182	7 „	его	ее
183	15 „	онъ	оно
186	21 „	опредѣляются	опредѣляется
201	10 снизу	простыхъ	повторныхъ
203	21 сверху	прим. 183	стр 183
213	прим. 80	уже въ	Таганцевъ уже въ
232	17 сверху	трауматическаго повреждения	трауматическомъ поврежденіи
256	11 „	послѣдней	вмѣняемости
297	17 снизу	Harris	Stephen
307	12 снизу	нестерпимыя	невыносимыя
316	9 „	крови отъ	крови произошло отъ
317	7 „	существности	существенности
340	15 сверху	Digest	Principles
355	1 снизу	неоторожность	неосторожность
383	1 „	мжетъ	можетъ
396	2 сверху	возможности	о возможности
407	прим. 82	крушеніе. См	крушеніе, см.
412	1 „	§ 28—2	§ 28—2. Сходно Мокринскій, III, 506—510, Тимашевъ, Ж М. Ю. 1916 г № 10, стр. 99, слѣд
415	прим 104	Contra Bar	За это Мокринскій. III, 511. Contra Bar
450	18 снизу	ихъ	такихъ лицъ
463	1 снизу	ритъ. .т	который говоритъ тенденціи
469	18 снизу	опасности	противоправности
471	16 сверху	дѣйствій	дѣяствій,
480	18 „	роны [63a])	роны, въ...есть [63a])
491	18 снизу	самъ III	самъ Bar, III
572	11 „	не было	не было на мѣстѣ